J. rel. 4 $\frac{sm}{}$ (1

<36625582680015
S
<36625582680015
Bayer. Staatsbibliothek

INTERNATIONALES

PRIVATRECHT.

VON

ERNST ZITELMANN.

ERSTER BAND.

LEIPZIG,
VERLAG VON DUNCKER & HUMBLOT.
1897.

Der zweite (Schluss-)Band wird noch im Laufe dieses Jahres erscheinen.

114. g

BIBLIOTHECA
REGIA
MONACENSIS

INTERNATIONALES PRIVATRECHT.

ERSTER BAND.

INTERNATIONALES

PRIVATRECHT.

VON

ERNST ZITELMANN.

ERSTER BAND.

LEIPZIG,
VERLAG VON DUNCKER & HUMBLOT.
1897.

BIBLIOTHECA
REGIA
MONACENSIS

Das Recht der Übersetzung bleibt vorbehalten.

ERNST IMMANUEL BEKKER

ZUR VORFEIER

SEINES SIEBZIGSTEN GEBURTSTAGS

(16. AUGUST 1897)

IN HERZLICHER UND DANKBARER VEREHRUNG

GEWIDMET.

Bonn, 16. März 1897.

Übersicht
über den Inhalt des ganzen Werks.

Erster Band:

Erster Teil: Reines internationales Privatrecht.

Einleitung. Die Aufgabe.

Erstes Buch. Überstaatliches internationales Privatrecht.
 Kapitel I. Allgemeines überstaatliches International-Privatrecht.
 Kapitel II. Besonderes überstaatliches International-Privatrecht.
 Kapitel III. Unvollkommnes überstaatliches International-Privatrecht.

Zweites Buch. Innerstaatliches internationales Privatrecht.
 Kapitel I. Innerstaatliche Anwendungsnormen überhaupt.
 Kapitel II. Anwendungsnormen und materielles Recht.
 Kapitel III. Anwendungsnormen und Prozefsrecht.
 Kapitel IV. Einzelne Kollisionsnormen von allgemeiner Bedeutung.

Drittes Buch. Interlokales Privatrecht.

Zweiter Band:

Zweiter Teil: Angewandtes internationales Privatrecht.

Vorbemerkung.

Erstes Buch. Allgemeine Lehren.
 Kapitel I. Die Arten der subjektiven Rechte.
 Kapitel II. Personen.
 Kapitel III. Sachen.
 Kapitel IV. Rechtsgeschäfte.
 Kapitel V. Schutz der Rechte.

Zweites Buch. Besondere Lehren.
 Kapitel I. Sachenrecht.

Kapitel II. Obligationenrecht.
Abschnitt 1. Rechtsgeschäfts-Obligationen.
Abschnitt 2. Delikts-Obligationen.
Abschnitt 3. Sonstige Obligationen.
Kapitel III. Familienrecht.
Abschnitt 1. Ehe.
Abschnitt 2. Eltern und Kinder.
Abschnitt 3. Vormundschaft.
Kapitel IV. Erbrecht.
Kapitel V. Urheberrecht.
Register.

Inhalt des ersten Teils.

Reines internationales Privatrecht.

Seite

Einleitung. Die Aufgabe 1

I. Die Aufgabe der Wissenschaft des internationalen Privatrechts überhaupt . 2

1. Ermittlung und Darstellung der positiven im Staat geltenden Anwendungsnormen . 2

Auslegung — Analogie — Natur der Sache — Notwendigkeit der Aufsuchung von Prinzipien zur Ausfüllung der Lücken.

2. Kritik der vorhandnen Anwendungsnormen und Vorschläge für die Gesetzgebung . 7

(a) Ziel ist: Schaffung eines für alle Staaten einheitlichen internationalen Privatrechts 7

Daneben das Ziel der Schaffung einer Urteilsgemeinschaft. Rechtszustand 1) wenn weder Gleichheit der Anwendungsnormen noch Urteilsgemeinschaft vorhanden ist S. 10, 2) wenn Gleichheit der Anwendungsnormen fehlt, Urteilsgemeinschaft vorhanden ist S. 11, 3) wenn Gleichheit der Anwendungsnormen vorhanden ist, Urteilsgemeinschaft fehlt S. 13.

(b) Mittel zur Lösung dieser Aufgabe: übereinstimmende Sondergesetzgebung — internationale Vereinbarung. Notwendigkeit der Aufsuchung von Prinzipien als Grundlage für die Erreichung des Ziels . 16

3. Aufsuchung von Anwendungsnormen für die private Erledigung eines Rechtsstreits . 18

Das positive Recht der einzelnen Staaten genügt hierfür nicht. Auch zu diesem Zweck ist Aufsuchung von Prinzipien unerläfslich.

II. Der Weg zur Auffindung von Prinzipien 21

Weg der Induktion, der Deduktion. Savignys Theorie. Theorie von der Anwendbarkeit der lex fori. Möglichkeit einer befriedigenden Theorie nur bei Ableitung aus anerkannten Rechtssätzen; diese würden nur Völkerrecht sein können.

Seite
III. Die Aufgabe dieses Buches 25
Aufsuchung einheitlicher Prinzipien durch Ableitung aus dem Völkerrecht. Innerstaatliches und überstaatliches International-Privatrecht. Einteilung des Buches: reines und angewandtes International-Privatrecht. Plan in Bezug auf die Anführung von Litteratur, Rechtsprechung, Gesetzesstellen. (Über die deutsche Kodifikation S. 27 Note 19.) Notwendige Ergänzung dieses Buches.
Es enthält nur internationales Privatrecht, nicht Strafrecht u. s. w. S. 28, und nur internationales Privatrecht, nicht materielles Privatrecht S. 29.
Trennung des i. e. S. internationalen und des interlokalen Privatrechts S. 30.

Erstes Buch.

Überstaatliches internationales Privatrecht.

Erstes Kapitel. Allgemeines überstaatliches International-Privatrecht.

Seite
I. Fragestellung . 35
1. Die Anwendungsfrage überhaupt 35
Was heifst ‘anwenden’? Anwendung beim Rechtsfall. Was ist der ‘Rechtsfall’? Streit über das Dasein eines subjektiven Rechts. Allgemeingiltigkeit dieser Antwort.
2. Die internationalprivatrechtliche Anwendungsfrage insbesondere . 38
Geltungsbereich der Gesetze nach Zeit und Raum. Zeitliche Anwendbarkeit. ‘Örtliche’ Anwendbarkeit. Formulierung des Problems. Wegweisung fürs Folgende.
II. Der Weg zur Lösung des Problems 42
1. Das subjektive Privatrecht 42
(a) Der Inhalt des subjektiven Privatrechts überhaupt 43
Rechtssätze des Sollens und Dürfens. Die Schutzverheifsung durch das objektive Recht. (Strafrechtssätze Note 7, Rechte Willensunfähiger und juristischer Personen Note 8.)
(b) Die formalen Kategorien der subjektiven Rechte 48
Relative Rechte — absolute Rechte, vollkommene, unvollkommene.
(c) Die möglichen materiellen Inhalte der subjektiven Rechte . . 50
(d) Begriffsbestimmungen und Charakterisierungen des subjektiven Rechts . 52
Das subjektive Recht als rechtliche Macht.
2. Das subjektive Privatrecht und der Staat 54
1) Jedes subjektive Privatrecht ist vom Staate durch seine Rechtsordnung verliehen 55
(a) vom Staat . 55
(b) verliehen . 55
(c) durch seine Rechtsordnung 56
Verhältnis des subjektiven Rechts zum objektiven Recht.

Seite

2) Verleihung subjektiver Rechte ist Ausübung staatlicher Herrschaft über das, worüber das subjektive Recht Macht erteilen soll . 60

3) Also setzt die Verleihung subjektiver Rechte zu ihrer Giltigkeit eine inhaltlich entsprechende Rechtsmacht des Staats voraus . 62

Der Staat mufs überhaupt Gesetzgebungsmacht solchen abstrakten Inhalts, und er mufs konkrete Rechtsmacht gerade über das haben, worüber das subjektive Recht Macht erteilen soll. Messung der Rechtsmacht zunächst an der eignen Rechtsordnung des Staats.

3. Das subjektive Privatrecht und die völkerrechtliche Anerkennung . 66

Messung der Rechtsmacht des Staats am Völkerrecht. Ohne völkerrechtlich anerkannte Rechtsmacht des Staats keine Verleihung international anzuerkennender Rechte. Auseinanderlegung dieses Gedankens.

4. Das subjektive Privatrecht und das internationalprivatrechtliche Problem . 71

Zusammenfassung des Vorhergehenden.

(a) Der Weg für die Lösung des Problems. Der Grundsatz . . 71

(b) Der gefundne Grundsatz ist Völkerrecht — in welchem Sinne? . 72

(c) Welche Kraft hat er? 73

Er gilt nur im Zweifel, und er gilt nur völkerrechtlich, nicht im Staat. Trennung von überstaatlichem und innerstaatlichem International-Privatrecht. Begriff der Kollisionsnormen. Bedeutung des überstaatlichen International-Privatrechts für das positive Recht der einzelnen Staaten.

(d) Welchen Wert hat er? 77

Die Lösung ist nur hypothetisch und teilt die Unvollkommenheit alles Völkerrechts. Sie setzt eine gegenseitige Souveränetätsanerkennung auf dem Fufse der Gleichheit voraus. Gibt es eine solche?

III. Die allgemeine völkerrechtliche Herrschaftsabgrenzung . 82

1. Personalhoheit . 83

a. Abgrenzung des unterworfnen Personenkreises 83

Staatsangehörigkeit, Wohnsitz, Begriff des Heimatstaats.

b. Inhalt der Personalhoheit 88

Innere, staatsrechtliche Seite. Äufsere, völkerrechtliche Seite. Realität dieser Herrschaftsabgrenzung nach Personen.

2. Gebietshoheit . 90

a. Abgrenzung der Gebiete 90

b. Inhalt der Gebietshoheit 91

Herrschaft auf dem Gebiet (das Gebiet als Schauplatz der Herrschaft), und Herrschaft über das Gebiet (das Gebiet als Objekt der Herrschaft). Verhältnis beider Inhalte der Gebietshoheit zu einander.

Seite
3. Widerstreit zwischen Personalhoheit und Gebietshoheit 96
a. Der Fall des Widerstreits 96
b. Die Lösung des Widerstreits 97
4. Widerstreit zwischen zwei Gebietshoheiten 101
a. Der Fall des Widerstreits 101
b. Die Lösung des Widerstreits 102

IV. Folgerungen für die Abgrenzung der Gesetzgebungsgewalt in privatrechtlichen Dingen 104
1. Personalhoheit und Gebietshoheit 104
2. Widerstreit zwischen Personalhoheit und Gebietshoheit 105
a. Befehlsgewalt . 107
α. Befehlsgewalt des Aufenthaltsstaats 107
1) Sicherung seiner Befehle für die Zukunft 108
2) Schutz für die Vergangenheit (Schadensersatzpflicht bei Delikt) . 109
β. Befehlsgewalt des Heimatstaats 112
b. Unmittelbare rechtliche Macht über die Person 114
3. Widerstreit zwischen zwei Gebietshoheiten 116
4. Ergebnis . 119
Wiederaufnahme des Begriffs der ‘örtlichen Geltung’.

V. Das Prinzip des internationalen Privatrechts 122
1. Das Prinzip selbst . 122
2. Das für die einzelnen Arten subjektiver Rechte mafsgebende Statut . 124
Begriff ‘Statut’, ‘Wirkungsstatut’.
a. Rechte in Bezug auf Personen — Personalstatut 125
α. Obligationen . 126
β. Rechte an fremden Personen 126
γ. Sogenannte Rechte an der eignen Person 129
b. Rechte in Bezug auf Sachen — Sachstatut 133
c. Sonstige Rechte — Gebietsstatut 136
α. Immaterialgüterrechte 136
β. Persönlichkeitsrechte 138
d. Sekundäre Begriffsbildungen 140
α. Rechte am Vermögen 140
β. Rechte des ‘rechtlichen Könnens’ 140
e. Vergleichung der Statuten — Arten 141
3. Die internationalrechtliche Entscheidung des einzelnen Rechtsfalls . 141
a. Welcher Thatbestand ist für diese rechtliche Wirkung erforderlich? . 142
b. Welche Wirkung folgt aus diesem Thatbestand? 143
Im allgemeinen. Die mögliche Konkurrenz mehrerer Statuten.
1) Jedes Statut will eine andere Rechtswirkung 144
a) Beide treten ein 145
b) Keine tritt ein . 146
2) Jedes Statut will zwei konnexe Rechtswirkungen 147

Seite

VI. Das Prinzip im Fall des Wechsels des mafsgebenden Statuts 149
Das neue Problem. Der Begriff 'Statutenwechsel'. Beurteilung künftiger Rechtswirkungen — Beurteilung der Vergangenheit — gegenwärtige (durch den Statutenwechsel eintretende) Rechtsänderung.
1. Der positive Fall 152
2. Der negative Fall 156

Zweites Kapitel. Besonderes überstaatliches International-Privatrecht.

I. Besondere abändernde Völkerrechtssätze 158
Im allgemeinen. — Einzelne Sätze angeblich von dieser Art.

II. Besondere abändernde völkerrechtliche Titel zwischen einzelnen Staaten 161
Herkommen und Staatsverträge. Beispiele. Wirkung solcher Titel zwischen den beteiligten und gegenüber dritten Staaten. Einwirkung auf die Grundsätze des internationalen Privatrechts.

Drittes Kapitel. Unvollkommnes überstaatliches International-Privatrecht.

Fragestellung. Aufgabe dieses Kapitels. Begrenzung: Nichtkulturstaaten. Anordnung des Folgenden 166

I. Unvollkommenheiten in der Abgrenzung der Personenherrschaft 168
1. gemäfs der Staatsangehörigkeit 168
a. Die Fälle 168
b. Rückwirkung auf das internationale Privatrecht 172
c. Internationalrechtliche Behandlung 174
α. Mehrfache Staatsangehörigkeit 174
β. Mangelnde Staatsangehörigkeit 176
2. gemäfs dem Wohnsitz 177
a. Mehrfacher Wohnsitz 179
b. Mangelnder Wohnsitz 181

II. Unvollkommenheiten in der Abgrenzung der Gebietsherrschaft 182
1. Fragen 182
2. Widersprüche 184
3. Lücken 185
4. Unfertigkeiten 187

Zweites Buch.

Innerstaatliches internationales Privatrecht.

Erstes Kapitel. Innerstaatliche Anwendungsnormen überhaupt.

I. Kollisionsnormen und subsidiäre Anwendungsnormen . 196
Quellen für das innerstaatliche International-Privatrecht. Unterscheidung der primär und subsidiär geltenden Anwendungsnormen.

Seite

II. Rechtlicher Charakter der Anwendungsnorm 198
Nicht materielles, sondern innerstaatliches öffentliches Recht. Nachweis.

III. Verhältnis der Anwendungsnormen zum Völkerrecht . 202
Völkerrechtsmäfsigkeit — Völkerrechtswidrigkeit.

IV. Die Elemente der Anwendungsnormen 205
Die Rechtswirkung — der Thatbestand, und zwar hier die Rechtsfrage, die staatliche Beziehung, besondere Voraussetzung.

V. Die Rechtsfrage insbesondere 207
1. Übersicht über die Arten der Rechtsfragen 208
a. Gewöhnliche Rechtsstreit-Entscheidung 208
b. Konstitutive Thätigkeit des Richters 210
2. Unvollständigkeit der Kollisionsgesetzgebungen in Bezug auf die Rechtsfragen . 211

VI. Die Anwendbarkeit der Rechtsordnung insbesondere . 212
1. Anwendbar soll sein . 212
2. eine Rechtsordnung . 213
a. individuelle und generelle Bestimmung der Rechtsordnung (daher individuelle und generelle Kollisionsnormen) 213
b. direkte und indirekte Bestimmung der Rechtsordnung . . . 215
3. eine Rechtsordnung . 215
a. exklusiv . 215
b. kumulativ . 215
c. alternativ . 217

VII. Die staatliche Beziehung insbesondere 220
1. Die Beschaffenheit der Beziehung 221
a. Beziehung bestimmten Inhalts 221
b. Beziehung von einer bestimmten Person, Sache, Handlung . 221
c. Beziehung zu einem bestimmten Staat 222
d. Beziehung in einem bestimmten Zeitpunkt 223
2. Einfache und mehrfache Beziehung 223
3. Rechtfertigende und falleinschränkende Beziehung 224
Charakterisierung und Erklärung der verschiednen Fälle.
4. Sonstige Unvollständigkeit in den geordneten Beziehungsfällen . 229
Art und Grund der Unvollständigkeit bei der individuellen Kollisionsnorm. Der doppelte mögliche Sinn individueller Anwendungsnormen. Ergänzung, wenn sie den ersten Sinn hat. Ergänzung, wenn sie den zweiten hat, hier näheres, und zwar wird unterschieden, jenachdem die Normen über die Anwendbarkeit nur der eignen Rechtsordnung auftreten:
a. als Zusätze zu völlig generellen Normen 233
b. oder als selbständige Normen 235

VIII. Kollisionsnormen mit besonderen Voraussetzungen . . 237
1. Die Rück- und Weiterverweisungsklauseln 238
a. Stillschweigende Rück- und Weiterverweisungsklausel . . . 238
Das Problem. Es ist eine Auslegungsfrage. Rückverweisung — Weiterverweisung, bei der Bestimmung des

Seite

Personalstatuts — bei sonstigen Kollisionsnormen. Die angebliche praktische Unbrauchbarkeit der bejahenden Auslegung. Nachweis, dafs im Zweifel verneinend auszulegen ist.

b. Die ausdrücklichen Rück- und Weiterverweisungsklauseln . 244

1) Unbeschränkte Zulassung der Weiter- und Rückverweisung . 244

2) Beschränkte Zulassung der Weiterverweisung in zwei Formen . 245

3) Blofse Zulassung der Rückverweisung in zwei Formen . . 246

2. Die Gegenseitigkeitsklausel . 248

3. Abhängigkeit vom Inhalt fremder materiellrechtlicher Sätze . . 249

Zweites Kapitel. Anwendungsnormen und materielles Recht.

I. Anwendungsnorm über eignes Recht und materieller Teilrechtssatz . 251

Keine Unterscheidung nach dem Inhalt, weder nach dem Thatbestand noch nach der Rechtswirkung. Vielmehr Unterscheidung nach dem Zweck. Insbesondere wie weit gehören Normen über die privatrechtliche Stellung der Ausländer ins internationale Privatrecht? Retorsionsbestimmungen.

II. Anwendungsnorm über fremdes Recht und materiellrechtliches Verweisungssatz. 257

1. Wesen und Inhalt der materiellrechtlichen Verweisungssätze. . 258

2. Praktische Bedeutung der materiellrechtlichen Verweisungssätze. 260

Die beiden praktischen Unterschiede. Illustrierung an der Regel locus regit actum.

3. Unterscheidung der Kollisionsnormen und der Verweisungsrechtssätze im einzelnen Fall 264

Unterscheidung nach dem Zweck. Auslegungsfrage. Ausdrückliche — stillschweigende Verweisung. Möglichkeit der Umdeutung von Kollisionsnormen in Verweisungsrechtssätze? — Demnach Behandlung der einzelnen internationalen Rechtsfrage.

III. Anwendungsnorm und materiellrechtlicher Dispositivsatz . 270

1. Wirkliche Parteibestimmung 270

a. Die Gestattung der Parteibestimmung als materiellrechtlicher Satz . 270

Zwingendes, ergänzendes, nachgiebiges, dispositives Recht. Möglichkeit der Parteiverweisung auf fremdes Recht, Wirklichkeit. Demnach international-privatrechtliche Behandlung der Parteiverweisung.

b. Die Gestattung der Parteibestimmung als Kollisionsnorm . . 274

Praktische Behandlung einer solchen Kollisionsnorm. Ihr innerer Widerspruch. Im Zweifel ist die Gestattung der Parteiverweisung keine Kollisionsnorm.

2. Fingierte Parteibestimmung. 278

a. Meinung, das fremde Recht sei anwendbar. 279

b. „Ergänzte Parteiabsicht" 280

Seite

Drittes Kapitel. Anwendungsnormen und Prozefsrecht.

Unterscheidung des internationalen Privatrechts vom Civilprozefsrecht. Beziehung prozefsrechtlicher Fragen zum internationalen Privatrecht. Die möglichen Probleme. Anordnung des Folgenden . 281

I. Materiellrechtliche Hauptentscheidung 284

1. Die rechtliche Prüfung 285

Das Ziel der rechtlichen Prüfung. Wie ist es zu erreichen? Im allgemeinen iura noscit curia. Indes bei fremdem Recht Einwirkung von CPO. § 265. Im Einzelnen:

a. Wie weit kann die Hilfe der Parteien in Anspruch genommen werden? . 287

b. § 265 ist nur Modifikation, nicht Abschaffung der Grundregel jura noscit curia 288

c. Was geschieht, wenn der Inhalt der fremden Rechtsnormen nicht ermittelt wird? 289

2. Die Prüfung der Thatsachen 291

Das Ziel der Prüfung. Wie wird es erreicht? Insbesondere Feststellung solcher materiellrechtlich erheblichen Thatsachen, die auch internationalprivatrechtlich erheblich sind.

II. Die internationalrechtliche Vorentscheidung 294

1. Die möglichen Fragen 294

Unterschied der rechtlichen und thatsächlichen Feststellung: welche Art Statut ist mafsgebend, und welche konkrete Rechtsordnung ist in diesem Fall das mafsgebende Statut? Die einzelnen Momente der letzteren Frage:

a. Gegeben ist die konkrete Person, Sache, Handlung 297

b. Feststellung des konkreten entscheidenden Zeitpunkts . . . 297

c. Feststellung der Angehörigkeit zu einem bestimmten Staat . 298

d. Feststellung der örtlichen Beziehung zu einem bestimmten Gebiet . 299

e. Feststellung, welcher Staat in diesem Gebiet herrscht . . . 299

2. Das prozessuale Verfahren 300

a. Unter welchen Voraussetzungen kommt es überhaupt zu einer internationalrechtlichen Entscheidung? 301

Kein Antrag der Partei in dieser Richtung erforderlich, auch keine Behauptung, dafs ein bestimmtes Recht anwendbar sei. ‘Interimswahrheit’, dafs die Thatsachen vorliegen, welche die Anwendbarkeit des eignen Rechts begründen. Der Richter wird also die internationalrechtliche Frage wann aufwerfen?

b. Begrenzung dieser Aufgabe des Richters 305

c. Prozessuale Erledigung dieser Aufgabe 306

Unterschied in Bezug auf den Beweis. Reine Rechtsfragen. Thatsächliche Fragen: keine Beweislast der Parteien, sondern Analogie zu CPO. § 265.

d. Verfahren im Einzelnen 311

Ermittlung der Staatsangehörigkeit, des Wohnsitzes, des

Seite

Orts der Handlung, des Orts der belegnen Sache, Erledigung der völkerrechtlichen Frage.
e. Verwertung der gewonnenen Ergebnisse für den besonderen Fall des Versäumnisverfahrens gegen den Beklagten . . . 314

Viertes Kapitel. Einzelne Kollisionsnormen von allgemeiner Bedeutung.

I. Die Vorbehaltsklausel 317
1. Die Vorbehaltsklausel überhaupt 318
a. Inhalt im allgemeinen, Aufgabe des Folgenden 318
b. Nichtanwendung fremden, Anwendung eignen Rechts . . . 321
(α) Was heifst dabei 'Recht'? 322
(β) Was heifst 'Anwendung', 'Nichtanwendung' 323
(γ) Verhältnis der Nichtanwendung fremden zur Anwendung eignen Rechts 324
(δ) Gesichtspunkt für die wissenschaftliche Gruppierung der Fälle . 327
c. Die Vorbehaltsklausel ist Ausnahme von sonstigen internationalprivatrechtlichen Regeln 329
(α) Sie ist Ausnahme 329
(β) Sie bezieht sich nur auf das internationale Privatrecht, nicht auf das öffentliche, insbesondere auch nicht auf das Strafrecht . 329
d. Die Vorbehaltsklausel ist selbst eine Kollisionsnorm . . . 332
2. Vorbehalt wegen Verstofses gegen die guten Sitten 334
Sonstige allgemeine Mafsstäbe: Verstofs gegen die öffentliche Ordnung, gegen sociale Anschauungen, gegen die Gerechtigkeit u. s. w. Abgrenzung des Begriffs der Unsittlichkeit. Die Anwendung des fremden Rechts mufs gegen die guten Sitten verstofsen.
a. Unsittlichkeit des Rechtssatzes an sich 337
Unsittlichkeit des Rechtssatzes ist Unsittlichkeit der angeordneten Rechtswirkung, als solcher oder ihres Thatbestands halber.
α. Unsittlichkeit der Rechtswirkung als solcher 339
Keine Unsittlichkeit des Erlöschens eines Rechts. Unsittlichkeit der Entstehung eines Rechts, und zwar eines Anspruchs, der auf eine unsittliche oder unerzwingbare Leistung geht, oder eines absoluten Personenrechts.
β. Unsittlichkeit der Rechtswirkung ihres Thatbestands halber . 341
1) Unsittliche vermögensrechtliche Geschäfte 342
a) Das Geschäft mufs unsittlich sein 343
b) und es mufs im eignen Recht deswegen für nichtig erklärt sein 344
Unempfindlichkeit gewisser Geschäfte gegen die Unsittlichkeit der causa. Insbesondere Unsittlichkeit obligationsbegründender Geschäfte.
2) Unsittlichkeit bei sonstigen Thatbeständen 349

Seite

b. Unsittlichkeit der Anwendung des Rechtssatzes 350
Dies Erfordernis im allgemeinen. Gruppierung der Fälle nach der richterlichen Thätigkeit.

α. Erste Gruppe: Entscheidung über einen erhobnen unsittlichen Anspruch 352
Gleiche Behandlung aller dieser Fälle im internationalen Prozefsrecht.

β. Zweite Gruppe: Entscheidung über Präjudizialpunkte . . 355
(1) Charakterisierung dieser Fälle. Ihre mögliche Behandlung. Es mufs eine ‘Beziehung’ des Falls zu unserem Staat vorliegen. Arten dieser Beziehung 355
(2) Die Lösung des Problems. Verschiedne Behandlung je nach dem zeitlichen Eintreten dieser Beziehung . . 357
(3) Unterscheidung, ob die Rechtswirkung einmalig oder dauernd unsittlich ist 358
(a) und zwar Unsittlichkeit des Erlöschens oder Nichtdaseins eines Rechts 359
(b) Unsittlichkeit der Entstehung oder des Daseins eines Rechts 359
(α) eines Vermögensrechts 360
(β) eines Personenrechts 362
Kasuistik: Mehrehe, Sklaverei 363

γ. Dritte Gruppe: Behördliche Akte von konstitutiver Wirkung . 366
Charakterisierung dieser Fälle. Ihre Behandlung. Insbesondere Eheschliefsung und Ehescheidung.

3. Vorbehalt wegen Verstofses gegen inländisches Recht 368
Bisherige Versuche abstrakter Formulierung. Versuche kasuistischer Regelung. Verweisung auf den Zweck des Gesetzes. Sinn dieser Verweisung.

a. Verbotsgesetze, gerichtet gegen Vornahme gewisser Rechtsgeschäfte . 373
Umgrenzung des Begriffs der Verbotsgesetze. Unterscheidung der Verbote je nach ihrem Zweck: Mifsbilligung des Rechtsgeschäfts als solchen, Mifsbilligung nur bei Vorliegen gewisser staatlicher Beziehungen.

b. Verbotsgesetze, gerichtet gegen eine gewisse amtliche Thätigkeit in Civilrechtssachen 376
Beispiele. Insbesondere der Satz la recherche de la paternité est interdite.

c. Sonstige Rechtssätze, die nicht Verbote sind 377

4. Vorbehalt wegen Verstofses gegen das Völkerrecht 378

II. Kollisionsnormen in Bezug auf das Personalstatut . . 380

1. Das Vorkommen derartiger Kollisionsnormen 380
(a) Der doppelte Begriff vom Personalstatut 380
(b) Welches ist der materielle Anwendungsbereich des Personalstatuts im formellen Sinne nach den verschiednen Rechtsordnungen? 382

Seite

(c) Welches Recht ist Personalstatut im formellen Sinne nach den verschiednen Rechtsordnungen? 384
2. Sprechen Gründe dafür, dafs die Staaten durch eine Vereinbarung das Wohnsitzrecht als Personalstatut bestimmen sollen? 386
3. Die aus der Verschiedenheit der Kollisionsnormen über das Personalstatut sich ergebenden Konflikte 389
a. Heimatstaat und Wohnsitzstaat bestimmen jeder das Personalstatut verschieden 389
α. Das entscheidende Gericht gehört einem dieser Staaten an . 390
β. es gehört einem sachlich unbeteiligten Staat an 391
b. Heimatstaat und Wohnsitzstaat bestimmen das Personalstatut gleich, der Staat des entscheidenden Gerichts aber hat eine abweichende Kollisionsnorm 391

Drittes Buch.

Interlokales Privatrecht.

I. Das interlokale Privatrecht selbst 395
1. Das Fragegebiet: die möglichen Fälle 395
2. Anwendungsnormen für das Partikularrecht, welche die centrale Gesetzgebungsgewalt aufstellt 397
Ihre beiden Arten: Normen über das Verhältnis der Partikularrechte zu ausländischem Recht und über ihr Verhältnis zu anderen inländischen Partikularrechten. Grofse praktische Bedeutung dieser Unterscheidung.
3. Anwendungsnormen für das Partikularrecht, wenn die centrale Gesetzgebungsgewalt keine Anwendungsnormen aufstellt . . . 399
Übertragung der international-privatrechtlichen Grundsätze hierher. Wie steht es, wenn mehrere Rechtsgebiete mit verschiednen Kollisionsnormen in einem Gerichtsbezirk vereinigt sind?
4. Bestimmung des Personalstatuts im interlokalen Privatrecht . . 403
II. Analoge Fragen: . 406
Anwendbarkeit der für verschiedne Personenklassen geltenden Privatrechtssätze. Interkonfessionales Privatrecht.

Abkürzungen.

v. Bar I, II	= L. v. Bar, Theorie und Praxis des internationalen Privatrechts. Zweite Auflage. Erster, zweiter Band. Hannover 1889.
v. Bar, Lehrbuch	= L. v. Bar, Lehrbuch des internationalen Privat- und Strafrechts. Stuttgart 1892.
Böhm	= Ferdinand Böhm, Die räumliche Herrschaft der Rechtsnormen. Erlangen 1890.
Neumann	= Hugo Neumann, Internationales Privatrecht in Form eines Gesetzentwurfs nebst Motiven und Materialien. Berlin 1896. (Gesetzentwurf S. 1—16, Gesetzesstellen u. s. w., Nr. 1—496, S. 148 ff., sie werden mit der Nummer angeführt.)
Niemeyer	= Theodor Niemeyer, Vorschläge und Materialien zur Kodifikation des internationalen Privatrechts. Leipzig 1895. (Gesetzentwurf S. 273—282; dahinter folgen mit besonderer Seitenzählung S. 1*—140* Gesetzesstellen u. s. w., Nr. 1—536, sie werden mit der Nummer angeführt.)
Niemeyer, Methodik	= Theodor Niemeyer, Zur Methodik des internationalen Privatrechts. Leipzig 1894. (39 S.)
Niemeyer, Vortrag	= Sammlung von Vorträgen über den Entwurf eines Bürgerlichen Gesetzbuchs. Heft VII. Das internationale Privatrecht. Von Th. Niemeyer. Berlin 1896. (44 S.)
Niemeyer, Posit. intern. Privatrecht I	= Theodor Niemeyer, Positives internationales Privatrecht. Erster Teil. Das in Deutschland geltende Internationale Privatrecht. Leipzig 1894. (109 S.)

ALR.	= Allgemeines Landrecht.
BGB.	= Bürgerliches Gesetzbuch; sofern kein Zusatz gemacht ist, ist das Bürgerliche Gesetzbuch für das Deutsche Reich gemeint.
C. c.	= Code civil.
CPO.	= Civilprozefsordnung für das Deutsche Reich.
Denkschrift	= Denkschrift zum Entwurf eines Bürgerlichen Gesetzbuchs (Buchhandel-Ausgabe).
D. EG.	= Einführungsgesetz zum Bürgerlichen Gesetzbuche für das Deutsche Reich.
EG.	= dasselbe.
Entwurf	= siehe S. 27 Note 19.
ff.	= bei Seitencitaten die angeführte und mehrere folgende Seiten.
fg.	= die angeführte und die nächste Seite.
GB.	= Gesetzbuch.
HGB.	= Allgemeines deutsches Handelsgesetzbuch vom 24. Juni 1861.
Motive	= Motive zu dem Entwurfe eines Bürgerlichen Gesetzbuches für das Deutsche Reich. 5 Bände. Berlin 1888.
N.	= Note.
RG.	= Reichsgericht.
RGE., RG.Entsch.	= Entscheidungen des Reichsgerichts in Civilsachen.
ROHG. Entsch.	= Entscheidungen des Reichs-Oberhandelsgerichts.
Vorentwürfe	= siehe Seite 27 Note 19.

Erster Teil.

Reines internationales Privatrecht.

BAYERISCHE STAATS-BIBLIOTHEK MUENCHEN

Einleitung.

Die Aufgabe.

Welche Aufgabe stellt sich dieses Buch? Es handelt, wie sein Titel sagt, vom internationalen Privatrecht. Darunter versteht man bekanntlich die Rechtssätze, die bestimmen, welches der verschiedenen örtlich nebeneinander bestehenden objektiven Privatrechte im einzelnen Privatrechtsfall anzuwenden sei, die Rechtssätze also, die sich auf die „örtliche Anwendbarkeit“ des Privatrechts beziehen (der Kürze halber nennt man sie auch selbst wohl „örtliche Anwendungsnormen“). Der Ausdruck „Internationales Privatrecht“ ist falsch gebildet, unbequem und unschön; indes steht er selbst in internationaler Geltung und ist so fest geprägt, dafs er nicht mifszuverstehen ist: darum hat ihn in Ermangelung eines anderen einwandfreieren und doch ebenso kurzen Ausdrucks auch dieses Buch gewählt. Was kommt auch auf den blofsen Namen an? Nur nach einer Richtung hin bedarf er hier sofort der Verdeutlichung. Die Bezeichnung „Internationales Privatrecht“ deckt streng genommen nur einen Teil der gewöhnlich und auch in diesem Buch in Betracht gezogenen Rechtssätze. Hervorgegangen aus der Beobachtung, dafs der eine Staat ein anderes Recht zu haben pflegt als der andere, ist sie ursprünglich nur auf den Fall berechnet, dafs Rechtsgebiet und Staatsgebiet zusammenfallen. Das gleiche Problem tritt aber auch dann auf, wenn innerhalb desselben Staats verschiedene Rechtsgebiete bestehen: dem internationalen Recht im engeren Sinne ist also ein interlokales, interprovinziales u. s. w. an die Seite zu stellen. Zwischen diesen beiden Fällen steht ein dritter: die einzelnen Rechtsgebiete sind zwar selbständige Staaten, diese Staaten bilden aber zusammen wieder einen höheren Staatsverband. Der Ausdruck

„Internationales Privatrecht“ soll im weiteren Sinne alle diese Fälle zusammen umfassen: sie werden dann eben a potiori bezeichnet.

Die Aufgabe nun, welche sich dieses Buch bei der Behandlung des internationalen Privatrechts stellt, läfst sich nur umgrenzen, wenn man das ganze Gebiet von Aufgaben bezeichnet, auf dem die Wissenschaft des internationalen Privatrechts überhaupt thätig zu sein hat. Wir gehen bei dieser Umrifszeichnung von dem internationalen Privatrecht als einem im Staat geltenden Recht aus. Ein solches ist es jedenfalls. Denn es enthält (um der Bequemlichkeit halber das auf Gewohnheit beruhende internationale Privatrecht hier bei Seite zu lassen) Anordnungen des Staats darüber, welches Recht in seinem Gebiete anzuwenden sei; diese Anordnungen richten sich an die mit der Anwendung des Rechts betrauten Personen, insbesondere also an den Richter — ob auch an die Personen, auf die das Recht angewendet werden soll, kann hier noch dahingestellt bleiben. Dem Richter kann aber bindende Befehle nur das Recht seines eignen Staats erteilen: also mufs das internationale Privatrecht Teil der in dem Staat geltenden Rechtsordnung sein, und ist in dieser Eigenschaft als innerstaatliches Recht der wissenschaftlichen Betrachtung zu unterwerfen.

I. Die Aufgabe, welche die Wissenschaft des internationalen Privatrechts gegenüber diesem Gegenstand hat, ist eine doppelte: sie hat das vorhandene Recht zu ermitteln und sie hat es zu kritisieren.

1. Die Wissenschaft des internationalen Privatrechts hat zur ersten Aufgabe die Ermittlung und Darstellung der positiven im Staat wirklich geltenden Anwendungsnormen — wenn hier und im folgenden von Anwendungsnormen schlechthin gesprochen wird, so sind immer nur die Normen in Bezug auf die örtliche Anwendbarkeit des Rechts, also die örtlichen Anwendungsnormen gemeint —. Nun lehrt der erste Blick, dafs die in den einzelnen Rechtsgebieten geltenden Anwendungsnormen vielfach von einander abweichen. Das internationale Privatrecht mufs deshalb vom Standpunkt jeder einzelnen Rechtsordnung aus betrachtet werden. Es giebt insoweit kein einheitliches internationales Privatrecht, sondern soviele, wie es überhaupt Rechtsordnungen giebt: sie alle müssen gesondert bearbeitet werden, und eine gewisse Einheit dieser verschiedenen Darstellungen könnte nur einmal durch eine hinzukommende Vergleichung der in den einzelnen Staaten geltenden Grundsätze und sodann dadurch geschaffen werden, dafs die Einwirkung dieser verschiedenartigen Anwendungsnormen auf einen und denselben Einzelfall dargestellt würde.

Die Erforschung und Darstellung des in einem bestimmten Rechtsgebiet geltenden internationalen Privatrechts ist eine Aufgabe der positiven Rechtswissenschaft in demselben Sinne wie die jedes anderen Rechtsteils und ist mit denselben Mitteln zu lösen. Darum sind auch die Schwierigkeiten, welche hier begegnen, nicht andersartig als in den sonstigen Rechtsteilen, nur pflegen sie gröfser zu sein.

Die Aufgabe ist dieselbe: Ermittlung des in diesem Rechtsgebiet geltenden positiven Rechts. Dabei mufs natürlich auch ein vollständiges Bild der wirklichen Rechtsprechung in diesem Rechtsgebiet und der vorhandenen Litteratur gegeben werden. Und die Mittel sind dieselben. Jede positive Anwendungsnorm ist als ein innerhalb des einzelnen Staats geltender Rechtssatz positiv auch in dem Sinne, dafs sie nur besteht, wenn sie einer der in diesem Staat anerkannten Rechtsquellen, vor allem also der Gesetzgebung und dem Gewohnheitsrecht dieses Staats entstammt. Nur allzuhäufig lassen diese Quellen aber im Stich: die Gesetzgebungen sind immer unvollständig und Gewohnheitsrecht ergänzt sie nur selten — es sei denn man wolle in der Verlegenheit als Gewohnheitsrecht ausgeben, was eben noch nicht Gewohnheitsrecht ist. Wie soll man dann die nötige Entscheidung finden? Möglich, dafs die Hilfe auch jetzt noch vom Boden des im engeren Sinne positiven Rechts aus gebracht werden kann. Einmal wird eine weise und weitschauende Auslegung häufig über den unmittelbaren Inhalt der vorhandenen Rechtssätze hinaus noch weitere ergeben: die so gern geübte Berufung auf den „stillschweigend erklärten Willen des Gesetzgebers“ kann, wennschon sie sicherlich in vielen Fällen blofs zur Beschönigung einer als gerecht empfundenen und gewünschten Entscheidung dient, doch unter Umständen der Ausdruck solcher zutreffenden Auslegung sein. Insbesondere sei hier daran erinnert, wie oft aus dem Inhalt der materiellrechtlichen Bestimmung des einheimischen Gesetzes darauf geschlossen wird, diese Bestimmuug sei unter allen Umständen und mit Vorzug vor jedem fremden Rechtssatz anzuwenden[1]. Sodann wird zweitens die Analogie der

[1] Beispielsweise hat das deutsche Reichsgericht (Entsch. 21 S. 138—141) die Bestimmungen des deutschen HGB. Art. 736—741 über Schiffskollisionen auch bei Kollisionen ausländischer Schiffe für mafsgebend erklärt, weil das „dem Sinn und Geist jener Bestimmungen entspreche“, weil dies „als sich aus dem Inhalte der betreffenden Bestimmungen ergebend angenommen werden mufs“, weil „nach der Absicht des Gesetzgebers diesen Bestimmungen ein zwingender Charakter beizulegen“ sei. Freilich geht das Reichsgericht in dieser Entscheidung von dem

vorhandenen Rechtssätze eine bedeutsame Rolle spielen können — davon wird in diesem Buche selbst noch näher die Rede sein.

Oft aber lassen alle diese Hilfen im Stich. In nicht wenigen Rechtsgebieten ist die Sachlage ja ohnehin die, dafs gesetzliche oder gewohnheitliche Bestimmungen vollständig oder so gut wie vollständig fehlen, von Analogieziehungen kann dann also keine Rede sein. So liegt es gerade in den Gebieten des jetzigen gemeinen deutschen Rechts. Dann stehen wir im engeren Sinne des Worts vor einer Lücke des Rechts, und es fragt sich, wie sie auszufüllen ist.

Bekanntlich pflegt man sich in solcher Verlegenheit auf den „Geist“ des gesamten Rechts zu berufen, oder man verweist auf die „Natur der Sache“. Das eine und das andere kommt auf dasselbe hinaus. Jener Geist ist so wenig mit Sicherheit fafsbar wie diese Natur der Sache; beide Male handelt es sich nur um Namen für ein grofses Unbekanntes. Aber doch ist an der Überzeugung festzuhalten, dafs diese Namen etwas Wirkliches bedeuten können, etwas Wirkliches in dem Sinne, dafs es möglich sein mufs, über eine richterliche Entscheidung objektiv zu urteilen, sie entspreche der Natur der Sache oder sie entspreche ihr nicht. Man hat dieses Wirkliche geleugnet und die Sachlage dahin aufgefafst, dafs das objektive Recht bei vollständiger Lücke die Norm enthalte, der Richter solle nach freiem Ermessen urteilen, es verleihe also der Entscheidung des Richters durch eine diesem gegebene Blankovollmacht Sanktion. „Mag die Entscheidung des Richters hier im einzelnen Falle vernünftig und billig ausfallen oder nicht, sie ist in jedem Falle dem bestehenden Rechte entsprechend. Die Entscheidung als rechtswidrig zu bezeichnen, weil sie unbillig oder unvernünftig ist, hat denselben Sinn wie die Anfechtung einer richterlichen Entscheidung, die eine de lege ferenda verwerfliche Gesetzesvorschrift zur Ausführung bringt“ [2]. Ich halte diese Auffassung nicht für zutreffend. Der allgemeine Rechtssatz lautet nicht: dasjenige ist Recht, was der Richter im einzelnen Fall nach freiem Ermessen als Recht festsetzt,

Grundsatz aus, „der Richter habe in erster Linie das Recht seines eigenen Landes anzuwenden und nur insoweit, als es durch dieses geboten oder gestattet ist, auch ausländisches Recht“ (S. 137). Aber diese Grundlage wird in der Entscheidung selbst verlassen, denn sonst hätte argumentiert werden müssen, es sei nicht nachweisbar, dafs das einheimische Recht gerade für den Fall von Schiffskollisionen die Anwendung ausländischen Rechts geboten oder gestattet habe, also müsse es bei der Anwendung des deutschen Rechts verbleiben. In Wahrheit wird aber gerade umgekehrt geschlossen.

[2] Niemeyer, Posit. internat. Privatrecht I S. 7, s. indes auch ebenda S. 8.

sondern: dasjenige ist Recht, was der Natur der Sache — oder dem Geist des Rechts oder der inneren Gerechtigkeit oder wie die hier gebrauchten Ausdrücke sonst lauten — entspricht. Der Unterschied zwischen beiden Auffassungen ist praktisch bedeutungsvoll. Allerdings nicht so, dafs etwa das freie Ermessen rechtlich ganz indeterminiert, ein Würfelspiel des So oder So sein dürfe, während die Entscheidung nach der Natur der Sache aus Gründen hervorgehen müsse. Denn auch wo dem Richter freies Ermessen gewährt ist, soll er aus Gründen entscheiden, nicht aus Willkür. Wohl aber zeigt sich der Unterschied darin, dafs, wo in der That dem Richter ein Spielraum freien Ermessens gegeben ist, jede seiner Entscheidungen innerhalb dieses Spielraums dem Rechte gemäfs ist und daher niemals durch das Rechtsmittel der Revision als rechtsirrtümlich angegriffen werden kann[3]; wenn hingegen der Richter die Entscheidung finden soll, welche der „Natur der Sache“ entspricht, so kann sehr wohl der Revisionsangriff auf die Behauptung gestützt werden, die Entscheidung des Richters entspreche der Natur der Sache nicht, sei also rechtsirrtümlich. Thatsächlich werden nun die in Ausfüllung von Lücken des positiven Rechts getroffenen Entscheidungen überall als revisibel behandelt, gerade auch im Gebiet der Fragen des internationalen Privatrechts, womit denn bewiesen ist, dafs es sich hier um ein wirklich freies Ermessen des Richters nicht handelt.

Darin aber ist die Entscheidung aus der Natur der Sache der Entscheidung nach freiem Ermessen allerdings ähnlich, dafs beide Male dem Richter für den ganzen Komplex geistiger Prozesse, durch die er zu seinem Entscheid kommen soll, vom objektiven Recht kein bestimmter Weg vorgezeichnet ist[4], und dafs thatsächlich auch bei der Entscheidung aus der Natur der Sache dem Richter die Prämissen, aus denen er sein Urteil begründen könnte, vor allem die nötigen Werturteile, um die es sich vielfach oder meistens

[3] Vgl. die Bemerkungen des Reichsgerichts, Entsch. 18 S. 339 Abs. 1. — L. Seuffert, Kommentar zur Civilprozefsordnung, in Note 1b zu § 512.

[4] Damit soll nicht geleugnet werden, dafs das objektive Recht dem Richter eine gewisse Direktive für sein Denken geben kann; es könnte z. B. sagen: der Richter soll die internationalrechtlichen Fragen mit Rücksicht auf die wünschenswerte Rechtsgemeinschaft der Nationen entscheiden, vgl. Niemeyer a. a. O. S. 8. Aber wenn ein solcher Satz nicht ausgesprochen und auch aus analogen Sätzen nicht zu begründen ist, wird er nicht hinzugedacht werden dürfen; eine gewohnheitsrechtliche Entstehung eines solchen Satzes halte ich für ausgeschlossen: gewohnheitsrechtlich können konkrete Sätze, nicht derartige Principien „geübt“ werden.

handelt, nicht zum Bewufstsein kommen. Aber gerade die Beobachtung, dafs gewisse Entscheidungen auch ohne bewufste Gründe von jedem gleichmäfsig als zutreffend empfunden werden, beweist, dafs, so oft die Berufung auf die Natur der Sache auch lediglich Redensart, Bemäntelung von Denkträgheit, Entschuldigung für Willkür sein mag, sie in anderen Fällen doch etwas Wirkliches bezeichnet. Vielleicht gelingt es noch einmal, auch diese geistigen Prozesse, die bei der sogenannten Entscheidung aus der Natur der Sache sich, vom Bewufstsein kaum beleuchtet, abspielen, besser ans Licht zu ziehen: zur Zeit sind wir, das darf man sagen, noch nicht so weit, und an dieser Stelle darf der Versuch nicht gemacht werden. Ich wende mich wieder dem internationalen Privatrecht insbesondere zu, und frage, wie hier der Richter seine Aufgabe erledigen soll.

Die unvollkommnere Art der Erledigung ist es, wenn man die Entscheidung der einzelnen Fragen für sich aus der Natur der Sache heraus sucht. Und ich darf hierbei einschalten, dafs die Natur der Sache in dieser Beziehung sogar noch zu höherem Dienst herangezogen wird als zu blofser Ausfüllung von Lücken. Thatsächlich werden aus der Natur der Sache heraus im ganzen Rechtsgebiet so und so oft Sätze aufgestellt, welche nicht Lücken ausfüllen, sondern die sonst vorhandenen Rechtssätze geradezu abändern. Wie sich das mit der hergebrachten Lehre von den Rechtsquellen reimt, soll hier nicht untersucht werden. Auch bei internationalrechtlichen Fragen kommen jedenfalls Entscheidungen aus der Natur der Sache vor, die nicht blofs in Ermangelung positiver in diesem bestimmten Rechtsgebiet geltender Anwendungsregeln sondern sogar in bewufstem Gegensatz gegen sie erfolgen. Aber diese Schwierigkeit mag hier beiseite bleiben. Jedenfalls werden häufig genug internationalrechtliche Einzelentscheidungen in Ermangelung positivrechtlicher Sätze durch unmittelbare Berufung auf die Natur der Sache oder infolge von Erwägungen getroffen, die man nur als Erwägungen aus der Natur der Sache heraus bezeichnen kann.

Ich nannte diesen Weg der Einzelentscheidung den unvollkommneren. Die Entscheidung des Richters wird hier in der That gar zu leicht rein willkürlich, und die Gefahr liegt nahe, dafs die eine Entscheidung mit der anderen nicht zusammenklingt. Je gröfser die Lücken sind, desto unbefriedigender wird dieser Weg der Entscheidung. Fehlen gar, wie im gemeinen Recht, positive Quellen ganz, dann wird er völlig gefährlich. Stärker und stärker wird das Bedürfnis nach einer Harmonie der Einzelentscheidungen. Die nie erlöschende Neigung des Menschen zur Deduktion wirkt mit

ein, und so wird denn mit Notwendigkeit der andere Weg eingeschlagen, der jedenfalls der vollkommnere ist: man versucht einheitliche Principien zu finden, aus denen sich die Einzelentscheidungen dann als Folgerungen ableiten lassen. Dem Richter, der den einzelnen Fall zu behandeln hat, ist diese Arbeit freilich nicht zuzumuten; hier hat die generalisierende Wissenschaft vorarbeitend zu Hilfe zu kommen. Die zahlreichen sogenannten Theorien des internationalen Privatrechts sind solche Versuche, Principien zu finden, die eine Grundlage für die erforderten Einzelentscheidungen abgeben sollen. Ob solche Versuche Aussicht auf Gelingen haben, steht hier noch nicht zur Frage; es kam hier nur darauf an, zu zeigen, wie die Arbeit der Erkenntnis des geltenden Rechts schliefslich mit Notwendigkeit dahin führt, dafs Principien gesucht werden: alles im engeren Sinne positive Recht ist lückenhaft, und eine vollkommene und befriedigende Ergänzung dieser Lücken ist nur möglich, wenn es gelingt, Principien zu finden, aus denen sich die Einzelentscheidungen ableiten lassen.

2. Die Rechtswissenschaft hat aber nicht blofs das vorhandene Recht zu erkennen, sie soll auch dem künftigen Recht vorarbeiten: das vorhandene Recht soll sie nach dem Mafsstab der Anforderungen, die überhaupt an die Zweckmäfsigkeit oder Gerechtigkeit des Rechts erhoben werden, kritisieren, und, wenn es diesen Anforderungen nicht genügt, Sätze aufstellen, welche ihnen entsprechen würden. So unheilvoll es ist, bestehendes und wünschenswertes Recht mit einander zu verwechseln, so armselig wäre eine Jurisprudenz, die auf die Aufgabe der Vorarbeit für die Gesetzgebung Verzicht leisten wollte. Gerade auf dem Gebiet des internationalen Privatrechts tritt diese Aufgabe nun in besonders kräftiger Färbung hervor. Hat doch Kritik wie Vorschlag hier mit einer Forderung zu rechnen, welche nirgends sonst auch nur in annähernd gleicher Weise erheblich ist: das internationale Privatrecht soll zweckmäfsig, gerecht nicht nur innerhalb eines Staates, sondern im Verkehr zwischen Angehörigen verschiedener Staaten sein. Das heifst mit anderen Worten: dem Suchenden erwächst die höhere Aufgabe und gerade hierin liegt die Schwierigkeit, Anwendungsnormen zu finden, welche in jedem Staat sich gleicherweise zur Annahme empfehlen; das internationale Privatrecht aller einzelnen Staaten soll mit einander identisch sein, identisch nicht blofs der Form nach (wie es z. B. der Satz wäre, dafs die lex fori zu entscheiden habe), sondern dem Inhalt nach, dergestalt dafs, in welchem Lande immer der Fall zur Beurteilung käme, der Beurteilende das materielle Recht desselben

Staates als mafsgebend anwendete. Hiefse z. B. der Satz, dafs deutsches Recht mafsgebend sei, so müfste deutsches Recht als mafsgebend betrachtet werden, gleichgiltig in welchem Lande der Rechtsstreit zum Austrag käme; der deutsche Richter, der englische, der amerikanische würde gleicherweise deutsches Recht anzuwenden haben.

Dies ist das Ziel; man mufs es als solches anerkennen. Leugnet man es, stellt man sich auf den engherzigen Standpunkt, es sei lediglich eine Anweisung für den einheimischen Richter von Nöten, damit er jedesmal wisse, nach welchem Rechte er urteilen solle, dann hat man freilich leichtes Spiel: solche Grundsätze für den einzelnen Staat wären schliefslich bald gefunden. Aber man kann jenes Ziel nicht leugnen, seine Notwendigkeit liegt zu klar zu Tage. Das Recht hat ja doch nicht blofs die Aufgabe, dem Richter über Zweifel möglichst bequem fortzuhelfen, sondern es ist Dienerin der Gerechtigkeit, es soll dem Verkehr der Parteien die rechten Bahnen freihalten oder schaffen. Nun mag es freilich für andere Rechtsteile zutreffen, wenn man sagt, die Gleichheit des Rechts in den verschiedenen Staaten sei zwar erfreulich, aber doch erst in zweiter Linie wichtig, in erster Linie müfsten, um ein für die Verhältnisse gerade dieses Staats und seines Volks zweckmäfsiges und gerechtes Recht zu schaffen, die besonderen Interessen des einzelnen Staates bei der Gestaltung seines Rechts den Ausschlag geben. Auf dem Gebiete des internationalen Privatrechts indes steht es anders. Das internationale Privatrecht kann auch für den einzelnen Staat nur dann wahrhaft zweckmäfsig und gerecht sein, wenn es mit dem in den anderen Staaten geltenden übereinstimmt. Die Übelstände, welche sich ergeben, wenn die verschiedenen Staaten verschiedene Anwendungsnormen haben, sind zu grofs, als dafs nicht jedweder ihre Beseitigung in erster Linie wünschen müfste. Je nachdem in welchem Staate der Prozefs geführt wird — um von der Verschiedenheit der Anwendungsnormen in den einzelnen Rechtsgebieten eines und desselben Staats ganz abzusehen —, wird auch eine andere materielle Rechtsordnung bei der Entscheidung des Falls zu Grunde gelegt. Wenn nun die verschiedenen in Betracht kommenden materiellen Rechtsordnungen in den für die Beurteilung des Falls mafsgebenden Sätzen übereinstimmen, so ist freilich die Ungleichheit der Anwendungsnormen bedeutungslos; aber diese Übereinstimmung ist doch nur eine zufällige und wird so und so oft, ja wohl meist fehlen. Nur an Fälle, wo sie fehlt, ist im folgenden zu denken.

Um die Bedeutung einer Einheit des internationalen Privatrechts voll ermessen und einsehen zu können, was sie leisten kann, andererseits aber auch, was sie nicht leisten kann, mufs man die Blicke weiter hinaus wandern lassen. Die Bestrebungen zu Gunsten eines in allen Staaten einheitlichen internationalen Privatrechts sind nur ein Teil der höher fliegenden Bestrebungen, dafs über alle Entzweiung der Völker hinüber in Dingen des Privatrechts eine volle internationale Rechtsgemeinschaft geschaffen werde. Voll verwirklicht wäre diese Rechtsgemeinschaft freilich nur, wenn die in den einzelnen Staaten geltenden Privatrechtsordnungen mit einander identisch wären. Ansätze zu einer solchen materiellrechtlichen Ausgleichung der verschiedenen Privatrechtsordnungen sind ja bereits in nicht zu unterschätzendem Mafs vorhanden — man braucht nur an das Eisenbahnfrachtrecht zu erinnern —, und werden durch den immer steigenden Verkehr mit seinen millionenfachen Beziehungen der Menschen von Land zu Land auch immer noch vermehrt werden. Indes eine volle materiellrechtliche Ausgleichung — durch welche das internationale Privatrecht natürlich überflüssig gemacht werden würde — ist in absehbarer Zeit nicht zu erwarten und in mancherlei Beziehung bei der bleibenden Verschiedenheit der zu ordnenden Verhältnisse auch für die Zukunft nicht zu erwünschen[5]. Wohl aber ist bei fortdauernder Verschiedenheit der materiellen Privatrechtsordnungen eine internationale Rechtsgemeinschaft von der Art anzustreben, dafs für die Behandlung des einzelnen konkreten Rechtsfalls die Zufälligkeit, in welchem Staate er zur gerichtlichen Entscheidung kommt, unschädlich gemacht werde. Hierzu ist nun ein Doppeltes von Nöten: einmal mufs der Fall, gleichviel in welchem Staate er zur Entscheidung kommt, doch immer nach der Rechtsordnung desselben Staats entschieden werden, das heifst: die internationalprivatrechtlichen Grundsätze müssen für das Gericht jedes Landes die gleichen sein; und zweitens mufs der im einen Lande geführte Rechtsstreit in jedem anderen Lande so wirken können, als wäre er dort geführt, das heifst der Hauptsache nach[6]: die Rechtskraft des ausländischen Urteils mufs auch im Inlande anerkannt werden. Im einzelnen bedeutet das: der in dem einen Lande abgewiesene

[5] Zum Vorstehenden siehe Zitelmann, die Möglichkeit eines Weltrechts (1888) S. 11 ff.

[6] Ich sehe hier davon ab, dafs auch die Wirkung der Rechtshängigkeit in den anderen Staaten anerkannt werden müfste; ebenso lasse ich die gegenseitige Rechtshilfe bei Einleitung des Prozesses und während schwebenden Prozesses aufser Betracht.

Kläger müfste, wenn er denselben Anspruch noch einmal bei dem Gericht eines anderen Landes geltend machte, in dem ebenfalls ein Gerichtsstand begründet wäre, ohne erneute Sachprüfung abgewiesen werden; der verurteilte Beklagte dürfte das, was er in dem einen Staat auf Grund des Urteils zwangsvollstreckungsweise geleistet hat, nicht bei dem Gericht eines anderen Staats als zu Unrecht geleistet von dem damaligen Kläger zurückfordern; dasselbe bleibende Rechtsverhältnis endlich, dessen Sein oder Nichtsein in dem einen Staat endgiltig festgestellt ist, dürfte in einem neuen Prozefs in einem anderen Staat nicht wieder wirksam in Zweifel gezogen oder behauptet werden. Aus der Anerkennung des ausländischen Urteils im Inlande würde dann auch seine Vollstreckbarkeit im Inlande folgen[7]: der siegreiche Kläger müfste aus dem Urteil, das er in dem einen Staate erlangt hat, die Vollstreckung auch in einem anderen Staate erlangen können, wenn die Person oder das Vermögen, an denen die Vollstreckungshandlungen erfolgen sollen, sich im Gebiet dieses anderen Staates befinden.

Beide Bestrebungen, die auf Gleichheit der Anwendungsnormen und die auf Urteilsgemeinschaft — wie ich kurz sagen will — gerichteten gehen nun in ihrer thatsächlichen Verwirklichung getrennte Wege: beide können fehlen, Urteilsgemeinschaft kann ohne gleiche Anwendungsnormen, gleiche Anwendungsnormen können ohne Urteilsgemeinschaft vorkommen. Will man also erkennen, welche Bedeutung die Gleichheit oder Ungleichheit der Anwendungsnormen hat, so mufs man den Rechtszustand nach dieser dreifachen Möglichkeit hin prüfen.

Sind die Anwendungsnormen verschieden und besteht auch keine Urteilsgemeinschaft, so ergiebt sich geradezu eine Art von Kriegszustand[8]. Angenommen, der erhobene Anspruch bestünde nach dem in dem einen, aber nicht nach dem in dem anderen Staat zur Anwendung kommenden Recht. Der in Staat 1 verurteilte Beklagte könnte dann, wenn ein Gerichtsstand gegen den früheren Kläger in Staat 2 begründet wäre, streng genommen in Staat 2 das, was er in Staat 1 zur Erfüllung des Urteils zwangsvollstreckungsweise geleistet hat, als zu Unrecht geleistet zurückfordern, und so weiter immer abwechselnd. Ein und dasselbe Rechts-

[7] Womit nicht gesagt ist, dafs die Vollstreckbarkeit im Inland nicht noch an die Erfüllung gewisser prozessualer Erfordernisse geknüpft sein könnte, vergl. CPO. § 660.

[8] S. v. Bar II S. 418.

verhältnis, z. B. eine Ehe, würde in Staat 1 als bestehend, in Staat 2 als nicht bestehend angesehen werden oder umgekehrt. Solche Verhältnisse sind schwer erträglich, was keines Nachweises bedarf.

Dieser soeben geschilderte Kriegszustand wird nun freilich beseitigt, wenn die mehreren Staaten trotz der Verschiedenheit ihrer international-privatrechtlichen Normen gegenseitig die gefällten Urteile anerkennen. Ein solcher Rechtszustand: Verschiedenheit der Anwendungsnormen, Rechtsgemeinschaft in Bezug auf die Urteile, kommt ja wirklich vor. So werden z. B. im Deutschen Reiche bekanntlich fremde Urteile ohne Rücksicht auf die Frage gleicher international-privatrechtlicher Grundsätze unter bestimmten beschränkenden Voraussetzungen vollstreckt[9], womit zugleich auch eine Anerkennung der Rechtskraft des fremden Urteils in jeder sonstigen Hinsicht gegeben ist. Aber auch bei diesem Rechtszustand ergeben sich aus der Verschiedenheit des internationalen Privatrechts Nachteile genug, ja nach gewisser Richtung hin werden die Übelstände so erst recht dringend. Die Zufälligkeit, in welchem Staate geklagt wird, gewinnt gerade nun eine besonders grofse Bedeutung.

Nicht selten sind zu gleicher Zeit in mehreren Rechtsgebieten Gerichtsstände begründet — man denke nur an den Gerichtsstand des Vermögens! —, oder die Verhältnisse ändern sich vor erhobener Klage so, dafs nacheinander verschiedene Gerichtsstände begründet werden. Vor welchem Gericht der Fall wirklich zur Entscheidung kommen wird, läfst sich also von vornherein nicht mit Sicherheit sagen, demnach ist es auch für die Parteien selbst von vornherein ungewifs, welches Recht Anwendung finden wird; ja da die Rechtsvorschriften der verschiedenen möglicherweise zur Anwendung kommenden Rechtsordnungen einander sogar widersprechen können, z. B. was die Erfordernisse für die Errichtung eines Rechtsgeschäfts betrifft, so kann den Parteien die Möglichkeit genommen sein, trotz bestem Willen ihr Thun und Lassen dem Rechte gemäfs einzurichten. Ein Rechtssatz aber, der nicht gekannt und befolgt werden kann, verfehlt seinen Zweck, und es ist ungerecht, ja widersinnig, Recht auf eine Person anzuwenden, das diese Person nicht kennen und nicht befolgen konnte. Sodann: unter den mehreren gleichzeitigen Gerichtsständen hat der Kläger die Wahl;

[9] CPO. § 661. Voraussetzung ist namentlich, dafs die Gegenseitigkeit verbürgt ist. Wie weit diese Voraussetzung thatsächlich verwirklicht ist, darüber siehe z. B. Gaupp, Die CPO. 2. Aufl. II S. 331 fg. (1892).

es widerspricht aber der zwischen den Parteien angestrebten gerechten Verteilung von Sonne und Schatten, wenn der Angreifer sich die günstigste Stellung aussuchen — in unserem Falle durch die Wahl des Forum das anzuwendende Recht wählen kann [10]. Und umgekehrt: ist nur der allgemeine Gerichtsstand des Wohnsitzes oder Aufenthalts begründet, so kann der, welcher die Erhebung eines Anspruchs fürchtet, durch Veränderung des Wohnsitzes oder Aufenthalts das ihm selbst günstigste Recht aussuchen, was wiederum der Gerechtigkeit widerspricht.

Diese Nachteile sind wie mir scheint so grofs, dafs sie die Vorteile der gegenseitigen Urteilsanerkennung und Vollstreckung aufwiegen. Ja man wird sagen dürfen, dafs die Rechtsordnung des Staats, wenn sie die Anerkennung der Urteile eines fremden Staats trotz Ungleichheit der International-Privatrechtsnormen ausspricht, sich in schweren Widerspruch mit sich selbst verwickelt. Man denke den Fall so: Gerichtsstand ist bei dem deutschen und bei dem ausländischen Gericht begründet; das deutsche Gericht würde den Anspruch des Klägers, wenn er bei ihm erhoben würde, abweisen, weil der Anspruch nach dem Recht, das es den bei ihm geltenden internationalrechtlichen Grundsätzen gemäfs für anwendbar hält, nicht besteht; ein gemeinrechtliches Gericht würde z. B. einen Erbanspruch abweisen, weil er nach dem Recht des letzten Wohnsitzes des Erblassers nicht begründet wäre. Ist der Erbanspruch aber im Ausland, das nach dem Recht der Staatsangehörigkeit des Erblassers urteilt, erhoben und zu Gunsten des Klägers entschieden, so würde er bei uns zur Vollstreckung gebracht werden können. Dies ist doch kaum mit einander zu reimen. Man wird vielmehr sagen können: es ist durchaus folgerichtig, wenn der eine Staat das in einem anderen Staat ergangene Urteil bei sich als wirksam anerkennt nur, falls er das nach seinen eignen international-privatrechtlichen Normen zutreffende Recht bei der Beurteilung des Falles angewendet findet; er kann in diesem Fall das Urteil als gerecht anerkennen, mögen auch die zur Anwendung gebrachten materiellen Grundsätze von dem bei ihm selbst geltenden Recht abweichen. Vollen Sinn hat jedenfalls die Anerkennung der Rechtskraft fremder Urteile und ihrer Vollstreckbarkeit nur, wenn zugleich eine Gemeinschaft der Normen des internationalen Privatrechts existiert. Thatsächlich fehlt denn auch wie bekannt ist an

[10] Das Reichsgericht, Entsch. 14 S. 239, nennt dies ein „praktisch mindestens bedenkliches Ergebnis“.

jener vollen gegenseitigen Anerkennung noch viel, und wir können vorher sagen: sie wird nicht vollständig verwirklicht werden, wenn nicht zuvor Übereinstimmung über die Normen des internationalen Privatrechts hergestellt ist.

Allen den oben geschilderten Übelständen macht die Gleichheit der örtlichen Anwendungsnormen ein Ende, und deshalb hat sie schon für sich Wert, selbst wenn die gegenseitige Anerkennung der Urteile noch fehlt. Der Kläger hat freilich, um ein auch in dem anderen Lande rechtskräftiges und vollstreckbares Urteil zu erlangen, die Unbequemlichkeit, noch einmal klagen zu müssen: vorausgesetzt aber, dafs die Richter richtig urteilen, mufs dann, soweit es sich überhaupt um festes Recht handelt, die Entscheidung des Rechtsstreits in beiden Ländern gleich ausfallen, da beide Gerichte eben dasselbe Recht anwenden. Die Partei kann also ihr Verhalten von vornherein gemäfs der Rechtsordnung einrichten, und die Zufälligkeit des Gerichtsstands läfst sich von der einen Partei nicht mehr zu Ungunsten der andern ausnützen.

Andrerseits ist aber zuzugeben, dafs auch bei Gleichheit der Anwendungsnormen der Rechtszustand immer noch ein sehr unvollkommner bleibt, wenn nicht zugleich auch die gegenseitige Anerkennung der Urteile durchgeführt wird. Denn vor allem setzt doch die mehrfache Klage in den verschiedenen Ländern voraus, dafs auch ein mehrfacher Gerichtsstand begründet ist. Das ist aber nicht immer der Fall, und so kann sich trotz Gleichheit der Anwendungsnormen eine Schutzlosigkeit des Berechtigten ergeben. Man denke den Fall nur so, dafs der Zweck der Klage lediglich der ist, Vollstreckung wegen eines Anspruchs zu erlangen, dafs es aber in dem Lande, in welchem ein Gerichtsstand gegen den Schuldner begründet ist, an Vollstreckungsobjekten fehlt, und dafs in dem Staat, auf dessen Gebiet sich die Vollstreckungsobjekte befinden, ein Gerichtsstand nicht begründet ist. Für vermögensrechtliche Ansprüche mag diesem Übelstand nun zwar dadurch abgeholfen sein, dafs moderne Civilprozefsordnungen[11] den Gerichtsstand des Vermögens kennen, so dafs also da, wo Vollstreckung gesucht wird, auch geklagt werden kann, aber diese Abhilfe genügt dann nicht, wenn es sich um Vollstreckung an Personen handelt — man denke an Klagen auf Herausgabe eines Kindes. Und auch

[11] S. z. B. Deutsche CPO. § 24, Österreich. Jurisdictionsnorm vom 1. August 1895 § 99 und die Bemerkung von Schauer in seinem Kommentar dazu (Wien 1896) S. 127.

abgesehen hiervon: die Wirkungen, derentwegen ein Urteil begehrt wird, bestehen ja nicht allein in der Vollstreckung. Das Urteil soll doch auch so und so oft die Feststellung streitiger Rechtsverhältnisse geben, welche Anknüpfungspunkte weiterer juristischer Wirkungen sind. Man denke nur an Statusprozesse und an Prozesse behufs Anfechtung oder Nichtigkeitserklärung einer Ehe. Wird hier das in dem einen Land gefällte Urteil in dem andern Land nicht anerkannt, und zugleich auch in diesem anderen Land wegen mangelnden Gerichtsstands ein eigner Prozefs nicht gestattet, so ist die Lücke im Rechtsschutz offenbar.

Selbst wenn aber in jedem der in Betracht kommenden Länder auch ein Gerichtsstand begründet ist, bleiben doch noch schwere Übelstände. Denn wenn der Kläger, um ein für zwei Länder wirksames Urteil zu erhalten, zweimal klagen mufs, so ist er, auch wenn man die Unbequemlichkeit dieses mehrfachen Rechtsstreits nicht hoch anschlägt, doch auch zweimal allen Zufälligkeiten des Prozesses ausgesetzt, und so kann es wohl geschehen, dafs das eine Urteil für ihn, das andere gegen ihn ausfällt, womit dann wieder schwere Verwicklungen geschaffen werden. Diese Möglichkeit verschiedenen Urteils erscheint besonders nahe liegend, wenn man erwägt, wie aufserordentlich grofs der Spielraum ist, der dem „Ermessen des Richters“ in jeder seiner Formen gelassen ist. Das richterliche Urteil ist in unendlich vielen Fällen Willensentscheidung und als solche nicht ganz berechenbar. Man braucht nur an Rechtslücken zu denken, die der Richter gemäfs der Natur der Sache ausfüllen soll. Wie leicht wird hier die Erwägung des einen Gerichts eine andere sein als die des anderen! Bei den vielfachen Abmessungen endlich, die der Richter vorzunehmen hat, z. B. bei Zubilligung eines Schadensersatzes, ist es sogar kaum wahrscheinlich, dafs beide Gerichte zur selben ziffermäfsigen Abschätzung kommen werden. Demnach droht trotz Gleichheit der Anwendungsnormen doch ungleicher Ausgang des Prozesses in verschiedenen Ländern, und man darf jedenfalls sagen: ihren vollen Wert wird die Einheit des internationalen Privatrechts erst haben können, wenn auch eine gegenseitige Urteilsgemeinschaft besteht[12].

[12] Denkbar wäre auch eine Teilung der Wirkungen des fremden Urteils in der Weise, dafs zwar seine Rechtskraft im übrigen anerkannt, namentlich also die Einrede der Rechtskraft gegen einen nochmaligen Rechtsstreit gegeben, Vollstreckung aus ihm aber nicht oder nur unter beschränkenden Voraussetzungen gewährt wird, vgl. v. Bar II S. 419 ff. und Lehrbuch S.

Den legislativen Bestrebungen auf Vereinheitlichung des internationalen Privatrechts treten also als notwendige Ergänzung die auf Schaffung einer Urteilsgemeinschaft hinzu. Voraussetzung für das Gelingen dieser letzteren Bestrebungen ist vor allem eine übereinstimmende Regelung der Zuständigkeitsfrage: schwerlich wird ein Staat das Urteil eines anderen Staates bei sich als wirksam anerkennen, wenn er diesem anderen Staat das Recht bestreitet, den Beklagten vor sein Gericht zu ziehen[13]. Die Ausgleichung der hier sich ergebenden Differenzen hat vom internationalen Civilprozessrecht auszugehen. Endlich bedeutet die volle Anerkennung fremder Urteile doch immer, dass der anerkennende Staat das in dem fremden Lande erfolgte Verfahren als dem eignen gleichartig anerkennt: wenn also die Grundsätze und die thatsächliche Handhabung des Verfahrens in dem fremden Lande keine Garantie für die Gerechtigkeit des Urteils bieten, so wird der Staat in Bezug auf seine eignen Angehörigen eine Anerkennung der Gerichtsgewalt des fremden Staats womöglich verweigern, und damit einer Urteilsgemeinschaft soweit den Boden entziehen; bekanntlich ist dies ja seitens der europäischen Staaten in nicht geringem Umfange der Fall[14]. An der Beseitigung dieser Hindernisse kann die Rechtswissenschaft nur insofern mitwirken, als sie die Grundsätze des Verfahrens, wie sie gerecht und zweckmässig sind, zu klarer Erkenntnis bringt — das ist eine Aufgabe der allgemeinen theoretischen Gesetzgebungspolitik auf dem Gebiet des Civilprozesses —; im Uebrigen ist sie machtlos und hat den Fortschritt der allgemeinen Kultur in jenen Ländern abzuwarten.

181 fg. Eine solche teilweise Anerkennung ist aber nur möglich, wenn nach dem Recht des anerkennenden Staats die Einrede der Rechtskraft ausschliefslich in sogen. positiver Funktion vorkommt. Wo hingegen die Wiederholung derselben Klage auch seitens des siegreichen Klägers ausgeschlossen ist (vgl. Motive zum deutschen Entwurf eines BGB. I S. 375 fg. und Heldmann, die Judikatsklage, Marburg 1895, S. 34 fg., dort auch weitere Litteratur; dagegen s. freilich u. A. Gaupp, die CPO. 2. Aufl. I S. 599, Bem. V 2 zu § 293), würde jene nur teilweise Anerkennung zu einer vollständigen Hilflosigkeit des siegreichen Klägers führen, selbst wenn die Grundsätze des internationalen Privatrechts in beiden Staaten dieselben sind. Denn hat jemand in Staat 1 ein obsiegliches Urteil erstritten, die Vollstreckungsobjekte aber befinden sich jetzt in Staat 2, so wäre eine Vollstreckung des Urteils in Staat 2 ausgeschlossen, eine nochmalige Klage in Staat 2 indes auch, da einer solchen eben die Einrede der Rechtskraft entgegenstünde.

[13] S. CPO. § 661 Nr. 3.

[14] S. v. Bar II S. 416.

Wie die auf Vereinheitlichung des internationalen Privatrechts gerichtete Arbeit so ihre Ergänzung findet in der Schaffung einer Urteilsgemeinschaft, ohne diese Aufgabe selbst lösen zu können, so ist ihr eignes Gelingen andrerseits abhängig von der Erfüllung einer Vorbedingung, die sie wiederum nicht selbst herbeiführen kann. Ein einheitliches internationales Privatrecht setzt voraus, dass die einzelnen Rechtsordnungen auch als innerlich gleichberechtigt, als gleichwertig anerkannt werden. Im allgemeinen ist ja nun für die Rechte der Kulturnationen wohl von einer Anerkennung ihrer Gleichwertigkeit zu sprechen; aber im einzelnen bleiben doch noch Differenzpunkte übrig, welche zwar nicht die Schaffung eines einheitlichen internationalen Privatrechts überhaupt, wohl aber seine volle Durchführung gerade bei diesen speciellen Rechtsfragen unmöglich machen. Mögen an sich auch gleichmässige Grundsätze über die Anwendung der verschiedenen Rechtsordnungen in den mehreren Staaten anerkannt sein: der einzelne Staat wird diesen Grundsätzen doch dann keine Folge geben, wenn nach seiner Anschauung das fremde Recht, das kraft ihrer massgebend sein würde, in sich unerträgliche Ungerechtigkeiten enthält oder unsittlich ist — die Grenzen gegenüber sonstigen Abweichungen in der materiellen Rechtsordnung sind natürlich flüssige. Demnach ist, wiederum im Dienst der internationalen Rechtsgemeinschaft, an der Beseitigung solcher Grunddifferenzen zu arbeiten. Diese Arbeit gehört dem Arbeitsgebiet der materiellen Rechtspolitik im höchsten Sinne des Wortes an; wie die materielle Privatrechtspolitik überhaupt die Aufgabe hat dafür zu sorgen, dass der Inhalt des Privatrechts der Gerechtigkeit gemäss gestaltet werde, so kann auch nur von ihr die Ausgleichung jener Grunddifferenzen erwartet werden, von der die volle Durchführung der Einheitlichkeit des internationalen Privatrechts abhängt.

Gross ist hiernach der Kreis der Aufgaben, welche die Rechtswissenschaft überhaupt im Dienst der internationalen Rechtsgemeinschaft erfüllen muss, gross sind die Schwierigkeiten, die sich einer vollen Verwirklichung dieser Gemeinschaft entgegenstellen. Gross ist der Weg, desto lockender das Ziel. Das aber geht doch wohl aus dem Gesagten hervor: im Mittelpunkt der gesamten Aufgaben steht die Schaffung eines einheitlichen International-Privatrechts; die Lösung dieser Aufgabe ist in der Hauptsache für sich allein anzugreifen und hat für sich allein bereits praktischen Wert.

Wird nun diese Aufgabe als solche anerkannt, so fragt sich, wie sie zu lösen ist. Da das internationale Privatrecht innerhalb

der einzelnen Staaten gelten soll, also auch von den einzelnen Staaten zu schaffen ist, so zeigt sich eine doppelte Form der Verwirklichung. Die eine ist die freier aber übereinstimmender Sondergesetzgebung der einzelnen Staaten: jeder einzelne Staat giebt die gleichen Anwendungsnormen wie der andere. Vorkommen wird das nur dann, wenn jeder Staat überzeugt ist, dass gerade diese Normen die gesetzgeberisch besten seien; denn dass der eine Staat ohne solche Überzeugung im Interesse der Einheit des Internationalrechts die Anwendungsnormen des anderen Staats bei sich recipiert (Anschlussgesetzgebung), ist zwar denkbar, kann aber als unwirklich bei Seite gelassen werden: schwerlich wird ein Staat solche Entsagung üben, jeder wird meinen, der andere Staat könne sich ebensogut an ihn anschliessen wie er sich an jenen. Die andere Form der Verwirklichung der Internationalrechtseinheit ist die der internationalen Vereinbarung (genauer gesagt: die einer übereinstimmenden Gesetzgebung der einzelnen Staaten auf Grund internationaler Vereinbarung). Eine solche Vereinbarung ist im höchsten Mass wünschenswert, wünschenswerter als die übereinstimmende freie Sondergesetzgebung, weil bei letzterer die Rechtseinheit immer noch durch das freie Belieben eines einzelnen Staats wieder beseitigt werden könnte.

Aber ist auf eine Vereinbarung — oder gar auf eine übereinstimmende freie Sondergesetzgebung — wirklich in dem Mafse zu hoffen, dafs durch sie die unendlich vielen Einzelfragen des internationalen Privatrechts gleichheitlich erledigt werden? Ich fürchte nein, wenn man an die einzelnen Fragen als einzelne mit gesonderten gesetzgeberischen Erwägungen herantritt. Die Schwierigkeit zu einer übereinstimmenden Regelung zu gelangen wird dann fast bei jeder einzelnen Frage aufs neue eintreten. Vielmehr hängt, wie ich meine, die ganze Hoffnung endgiltiger Ausgleichung des internationalen Privatrechts daran, dafs auch de lege ferenda ein Princip gefunden wird, welches gleichmäfsige Überzeugungskraft für die verschiedenen Nationen hat[15]. Ohne ein solches bleibt die Vereinbarung wirklich nichts anderes als ein Zufall, der hie und da eintreffen, da und dort aber auch ausbleiben wird. Auch von dieser Seite also wird die Wissenschaft des internationalen Privatrechts auf die Notwendigkeit hingedrängt, allgemeine Principien

[15] Übereinstimmend bei anderer Gelegenheit v. Bar II S. 416: „Führt nicht der reine Positivismus schliefslich immer zu ungelösten und unlösbaren Kontroversen?“

zu suchen, Principien, aus denen die Lösung der Einzelfragen folgerungsweise gewonnen werden kann.

3. Der Wissenschaft des internationalen Privatrechts läfst sich schliefslich noch eine dritte Aufgabe stellen, womit noch nicht gesagt sein soll, dafs diese Aufgabe auch lösbar ist. Zu ihrer Erkenntnis führt folgender Gedankengang.

Zur Zeit ist eine internationale Übereinstimmung der Anwendungsnormen noch nicht vorhanden; soweit die einzelnen Staaten überhaupt Internationalrechtssätze schaffen, thun sie das im wesentlichen jeder ohne Rücksicht auf den anderen. Gesetzt nun, jeder einzelne Staat hätte für sich die Grundsätze des internationalen Privatrechts lückenlos festgestellt, so wäre damit die Frage des anzuwendenden Rechts im Einzelfall für den Richter dieses Staats, der zur Entscheidung berufen ist, allerdings erledigt: denn an ihn jedenfalls richtet sich die in seinem Staat aufgestellte Anwendungsnorm, ihn bindet sie. Und dem Richter gleich steht in dieser Beziehung jede andere Behörde des Staats, welche in die Lage kommt in ihrer Eigenschaft eben als Behörde in irgend einer Weise entscheidend thätig zu werden, z. B. der Standesbeamte, der die Ehehindernisse zu beurteilen hat, der Steuerverwaltungsbeamte, der behufs Erhebung der Steuer die rechtliche Natur eines Verhältnisses beurteilen soll u. s. w. Ich meine alle diese Personen mit, wenn ich künftig der Kürze halber allein von Rechtsanwendung durch den Richter spreche. Aber ist damit die Frage der Rechtsanwendung schon nach allen Seiten hin gelöst? Die Anwendung des Rechts geschieht doch nicht allein oder auch nur vornehmlich durch den Richter, sondern in erster Linie durch die an dem Rechtsfall beteiligten Parteien selbst. Von Millionen Rechtsfällen, die sich thatsächlich ereignen, kommt ja glücklicher Weise kaum einer vor den Richter. Und so drängt sich mit Notwendigkeit die Frage auf: richtet die Anwendungsnorm sich in bindender Weise auch an die Einzelnen, d. h. an die bei dem Rechtsfall beteiligten Parteien?

Eines ist von vornherein zweifellos. Der Staat, der die Anwendungsnorm erläfst, will den Parteien, die den Rechtsfall unter sich erledigen wollen, sicherlich nicht im eigentlichen Sinne des Worts befehlen, gerade dieses bestimmte Recht, das er seinen Richtern anzuwenden vorschreibt, ebenfalls anzuwenden, er will ihnen nicht verwehren, den Rechtsstreit unter sich auch nach beliebigen anderen Grundsätzen zu erledigen. Die Anwendungsnorm ist vielmehr den Parteien gegenüber nur ein Ausspruch, dies und das sei in dieser Rechtssache Recht; wie weit die Parteien durch

eine davon abweichende Streitentscheidung, also durch ihren Willensakt das Rechtsverhältnis unter sich anders gestalten können als es nach der staatlichen Auffassung vom mafsgebenden Recht zur Zeit ist, und zwar mit der Wirkung, dafs der Staat diese Gestaltung anerkennt, das hängt davon ab, wie weit der Staat dem Einzelwillen überhaupt rechtsschöpferische Kraft beilegt, und welche Voraussetzungen er sonst für die Wirksamkeit des Parteiwillens erfordert.

Man nehme nun der Einfachheit halber einen solchen Fall, wo dem Parteiwillen zwingendes Recht nicht entgegensteht, etwa eine einfache Vertragswirkungsfrage: die eine Partei fordert von der anderen, und die Parteien wollen, ohne vor den Richter zu gehen, diese Frage dem Recht gemäfs zwischen sich entscheiden. Gehören sie beide demselben Staat an, so mag man sagen, die staatliche Anwendungsnorm entscheide ihnen gegenüber, was Rechtens sei. Wie aber steht es, wenn sie beide verschiedenen Rechtsgebieten angehören, in denen verschiedenartige Anwendungsnormen gelten? Der eine Staat sagt durch seine Anwendungsnorm für diesen Fall: dies soll Recht sein, der andere Staat hingegen, der eine andere Anwendungsnorm hat, sagt: nein jenes soll Recht sein. Und die Parteien, die nun wissen wollen, was in Wahrheit Rechtens ist? die rechtlich genug denken, nicht den Vorteil dieses oder jenes Gerichtsstandes auszunützen, sondern ernsthaft das, was wirklich Recht unter ihnen ist, suchen? Für sie kann bei dem Widerspruch der beiden Anwendungsnormen offenbar keine von ihnen entscheidend sein; für sie haben diese Anwendungsnormen ausschliefslich die Bedeutung: gerade dieser Staat konstatiert, dafs seine Gerichte, falls sie diese Sache entscheiden sollten, jenes bestimmte Recht anwenden würden. Das ist es aber nicht, was sie wissen wollen. Die positiven innerhalb eines Staats geltenden Anwendungsnormen lösen also in so und so vielen Fällen die Frage, welches Recht die Parteien anwenden sollen, nicht; die innerstaatlichen Rechtsordnungen müssen, wenn ihre Anwendungsnormen von einander abweichen, ihrer Natur nach notwendig die Antwort auf jene Frage versagen. Es giebt in solchem Konfliktsfalle eben kein einheitliches von den beiden beteiligten Staaten gleichmäfsig anerkanntes Recht zwischen den Parteien; umsonst ist es daher, ein solches zu suchen.

Man bringt sich diesen Mangel gewöhnlich nicht zum Bewufstsein, weil man überhaupt bei der Anwendung des Rechts nur an die Anwendung durch den Richter zu denken pflegt. Immerhin ist dieser Mangel empfindlich. Die Rechtsordnung sollte Konflikte

lösen und nicht herbeiführen. Da sie nicht des Richters, sondern der Parteien halber da ist, sollte es ihre vornehmste Sorge sein, durch ihren Inhalt den Parteien zu ermöglichen, dafs sie auch ohne Richter selbst das Recht in ihren Rechtsangelegenheiten finden können. So lange die Anwendungsnormen der einzelnen Rechtsordnungen von einander abweichen, giebt es ein solches staatliches Recht nicht. Nun verwehrt allerdings niemand den Parteien einen Vergleich zur aufsergerichtlichen Erledigung ihrer Rechtssache zu schliefsen; aber in dem oben gesetzten Falle wollen ja die Parteien nicht gegenteilige Rechtsauffassungen ausgleichen oder unbekümmert um das geltende Recht gemäfs der materiellen, „inneren“ Gerechtigkeit, wie sie sie verstehen, ihren Streit entscheiden, sondern sie wollen diejenige Entscheidung des Falls suchen, welche dem geltenden Recht entspricht und darum ihnen als die gerechte Lösung erscheint. Und diese eben können sie aus den einzelnen positiven Rechtsordnungen nicht finden. Sie stehen hier in derselben Schwierigkeit, in der ein Privater steht, dessen Gutachten oder Schiedsspruch die Parteien zur Erledigung ihres Streites erfordert haben. Auch er mufs zunächst das anzuwendende Recht feststellen, die Anwendungsnormen aber, die in seinem eignen Staat gelten, sind gleichgiltig, da seine Nationalität ja eine Zufälligkeit für die Streitsache bildet: nach welchen Normen soll er nun das anwendbare Recht bestimmen, wenn die staatlichen Beziehungen, in denen die beiden Parteien stehen, ganz verschiedene sind?

Es ist doch wohl kein allzu weit gespannter Wunsch und Anspruch, wenn man meint, dafs die von den Grenzen der Staaten unabhängige Wissenschaft des Rechts hier berufen sei ihrerseits zu helfen, wenn man der Wissenschaft des internationalen Privatrechts also die Aufgabe zuerteilt, Grundsätze aufzustellen, welche es den Parteien ermöglichen in gerechter Weise unter sich die Entscheidung des Falls zu finden, weil die staatlichen Rechtsordnungen durch ihre von einander abweichenden Anwendungsnormen diese Aufgabe nicht erfüllen, ja nicht erfüllen können. Will die Wissenschaft dieser Aufgabe aber gerecht werden, so wird sie wiederum versuchen müssen, allgemeine Principien zu finden, gerade wie sie die Lücken innerhalb einer einzelnen Rechtsordnung durch Principienfindung auszufüllen suchen mufs — sie wird ohne das selbstverständlich nie zu Einzelentscheidungen kommen, welche soweit allgemein anerkannt sind, dafs sie den Parteien zur Richtschnur dienen können.

II. Von drei Seiten aus sind wir auf die Notwendigkeit der Findung von Principien geführt: sie ist notwendig einmal behufs Ermittelung der innerhalb des einzelnen Staats vom Richter zu handhabenden Anwendungsnormen, soweit sein positives Recht solche nicht enthält, zweitens behufs Vorbereitung für die künftige Gesetzgebungsarbeit, und drittens behufs Ermöglichung einer Rechtsanwendung durch die Parteien selbst. Mit der einheitlichen Stellung der Aufgabe ist nun freilich noch nicht bewiesen, dafs auch ihre Lösung nach allen drei Richtungen hin einheitlich erfolgen könne. Es läfst sich nicht von vornherein mit Gewifsheit voraussagen, dafs das Princip, welches zur Ergänzung der Lücken des positiven innerstaatlich geltenden Rechts dienen soll, mit dem übereinstimmt, das zur Grundlage der künftigen Gesetzgebung geeignet ist und das bei der Rechtsanwendung durch die Parteien zu befolgen wäre. Ja noch mehr. Nicht einmal dies ist von vornherein sicher, dafs das Princip, welches behufs Ausfüllung von Lücken des vorhandenen innerstaatlichen Rechts gesucht wird, für alle einzelnen Rechtsordnungen das gleiche sein würde. Es scheint ja doch, als müfste wenigstens die Arbeit zur Auffindung eines solchen Princips für die einzelnen Rechtsordnungen gesondert vor sich gehen: soll doch eben gerade eine Lücke dieses bestimmten Rechts ausgefüllt werden. Bei der Unbestimmbarkeit aber der geistigen Prozesse, die man als Erwägungen aus der „Natur der Sache“, aus dem „Geist der Rechtsordnung“ bezeichnet, ist die Annahme immerhin nicht unmöglich, dafs auch das Ergebnis für die verschiedenen Rechtsordnungen ein verschiedenes sein werde, dafs also die Natur der Sache, der Geist der Rechtsordnung für das eine Rechtsgebiet dieses, für das andere jenes Princip gerechtfertigt erscheinen lasse [16]. Thatsächlich freilich machen die vorhandenen allgemeinen Theorien des internationalen Privatrechts darauf Anspruch, in den verschiedenen Rechtsordnungen gleichmäfsig verwendbar zu sein; sie sind auch, wie z. B. die von Savigny, in ganz verschiedenen Rechtsgebieten als vorhandenes Recht einflufsreich geworden und haben ebenso in den Gesetzgebungen Raum gewonnen. Aber bewiesen ist diese allerdings wünschenswerte Übereinstimmung nicht; wir können über ihre Möglichkeit und Wirklichkeit erst urteilen, wenn wir wissen, wie die Principien überhaupt gewonnen werden.

So erhebt sich denn die Frage, auf welchem Wege die gesuchten Principien zu finden sind. Alle Principien, mögen sie auch

[16] Vgl. auch oben S. 5 N. 4.

noch so bequeme Folgerungen gewähren, hängen doch in der Luft, wenn es nicht gelingt sie selbst wieder wissenschaftlich zu begründen. Für diese Begründung ist ein doppelter Weg denkbar.

Man könnte an den Weg der Induktion denken: durch die Beobachtung der positiven Bestimmungen in den einzelnen Staaten, der Rechtsprechung, der in der Wissenschaft vertretenen Forderungen würden sich die Bedürfnisse des Verkehrs, die treibenden Ideen, die verschwiegenen Ziele der Rechtsbildung enthüllen lassen. Die Sammlung des positiven Rechtsstoffs ist nun sicher in hohem Mafs lehrreich, auch für eine Gesetzgebung, Rechtsprechung und wissenschaftliche Fortarbeit selbstverständlich nicht zu entbehren. Aber gerade die Betrachtung all dieses Stoffes scheint mir die Thatsache über jeden Zweifel hinauszuheben, dafs auf diesem Wege zu umfassenden Principien nicht zu gelangen ist. Einige Sätze sind zwar ziemlich gleichmäfsig anerkannt; für andere aber, und man darf wohl sagen für die gröfsere Mehrzahl herrscht Wirrnis und Bestrittenheit. Ja wären die Gründe, aus denen der einzelne Gesetzgeber, Richter, Schriftsteller zu seinen Aufstellungen kommt, ausschliefslich oder auch nur der Hauptsache nach Gründe der Zweckmäfsigkeit oder Gerechtigkeit, so könnte man noch hoffen, aus jener Induktion trotz der Zerfahrenheit des wirklichen Zustandes etwas über die Bedürfnisse des Verkehrs, über die treibenden Gerechtigkeitsideen zu erfahren. Gerade auf diesem Fragegebiet aber ist mehr als auf den meisten anderen die Entscheidung durch rein theoretische Vorstellungen bestimmt; man lernt also aus jener Induktion vielfach nicht mehr als man schon wufste, dafs nämlich sehr verschiedenartige theoretische Vorstellungen vorhanden waren und vorhanden sind, und auf die Entscheidungen der Gesetzgeber und Richter Einflufs hatten und haben. Der Weg der Induktion ist für andere Zwecke nötig und unentbehrlich, nie aber wird er zur Auffindung eines international-privatrechtlichen Princips führen, das auf allgemeine Anerkennung rechnen könnte.

Will man überhaupt ein allgemein anzuerkennendes Princip finden, so mufs man den anderen Weg einschlagen: man mufs es durch irgend welche deduktiven Denkprozesse begründen. Das ist seit lange in verschiedenster Weise versucht; die Neigung, das Allgemeine aus noch Allgemeinerem herzuleiten, hat derartige Versuche nicht zur Ruhe kommen lassen. Augenblicklich ist freilich die Strömung solchem deduktiven Principiensuchen wenig günstig, und man mufs es gestehen: der vorhandene Zustand der Wissenschaft des internationalen Privatrechts ermuntert auch nicht sehr

zur Fortsetzung der Bemühungen. Keine Theorie ist durchgängig anerkannt; selbst ein und dasselbe Gericht folgt nicht immer einer und derselben Theorie. Hie und da allerdings werden in der Rechtsprechung die Theorien nur benutzt, um einer gewünschten, als gerecht empfundenen oder durch irgend welche nicht näher kontrollierbare geistige Prozesse sich darbietenden Einzelentscheidung nachträglich einen Schein der Sicherheit zu geben; sie werden angenommen, wo sie diesen Zweck erfüllen, und verlassen, wo sie ihm nicht dienen können. In anderen Fällen wird aber doch unmittelbar aus der Theorie heraus die Entscheidung getroffen — und auch da findet sich jenes Schwanken zwischen entgegengesetzten Theorien. Selbst die Rechtsprechung unseres höchsten Gerichts zeigt dieses unerfreuliche Bild. Ein solcher Zustand ist erklärlich, ja unvermeidlich, weil und solange eben diese Theorien nichts als Behauptungen ohne Begründung, oder gar beliebige Einfälle sind.

Unter den vorhandenen Theorien hat die von Savigny besonderen Einflufs erlangt. Und doch zweifelt heute kaum noch jemand daran, dafs sie in ihrem bildlichen Ausdruck vom Sitz der Rechtsverhältnisse trotz ihrer Genialität doch eben der Begründung und darum der Überzeugungskraft entbehrt. Dass sie so grofsen Einflufs gewonnen hat, erklärt sich durch die scheinbare Einfachheit und dabei Dehnbarkeit ihrer Formel und durch das lebhafte Bedürfnis nach einer solchen als Grundlage der Deduktion geeigneten Formel. Denn so eigentümlich ist der Mensch geartet: mag das Princip, aus dem er deduzieren will, selbst auch willkürlich ersonnen und mag die Begründung, die ihm Weihe geben soll, nur ein durchsichtiger Schleier sein — weil die Einzelentscheidung sich aus dem Princip ableiten läfst, scheint sie selbst begründet zu sein; man beruhigt sich bei dieser ihrer Ableitung und fragt nach der Festigkeit der Grundlage nicht mehr viel. Auf solche Weise sind auch andere Theorien des internationalen Privatrechts zu einigem Ansehen gelangt, die viel weniger von juristischem Feinsinn geleitet waren als die Savignys.

Neben Savignys Theorie scheint unverwüstliche Lebenskraft die andere Theorie zu besitzen, derzufolge der Richter im Zweifel das Recht seines eignen Landes anzuwenden habe und fremdes Recht nur, soweit ihm das durch das eigne Recht gestattet oder geboten sei[17]. Diese Theorie — man darf das wohl sagen —

[17] So mit voller Entschiedenheit z. B. auch das Reichsgericht, Entsch. 21 S. 137 unten.

ist eine bloſse Behauptung, die einen Schein von Begründung nur durch eine Verwechslung gewinnt. Nichts ist sicherer, als daſs der Richter an sein eignes Recht gebunden ist: er muſs eben dem Gesetz seines Staates gehorsam sein; aber das bedeutet nur, daſs er die Anwendungsregeln, die sein eignes Recht ihm erteilt, befolgen muſs, nicht auch, daſs er das materielle Recht seines Staats anzuwenden hat. Welches materielle Recht vielmehr anzuwenden ist, das muſs er aus der in seinem Staat geltenden Anwendungsregel entnehmen, und darum gerade handelt es sich, zu ermitteln, wie diese Anwendungsregel lautet. Die Behauptung nun, sie laute: der Richter ist verpflichtet, das materielle Recht seines Staats anzuwenden, ist nichts, gar nichts anderes als eben eine Behauptung ohne die mindeste Stütze. Indes es liegt nicht im Plan dieses Buchs, die verschiedenen allgemeinen Theorien des internationalen Privatrechts, die aufgestellt sind, einzeln zu kritisieren. Andere haben das gethan, mit der Wirkung, daſs es heutzutage eine allgemein anerkannte Theorie nicht giebt, und daſs die Überzeugung sich mehrt, es sei überhaupt eine einheitliche Theorie nicht zu finden [18]. Die beste und man darf sagen die einzig wirklich wirksame Widerlegung aller anderen Theorien und zugleich die Beseitigung dieses Skepticismus wäre es, wenn man eine neue Theorie auffände, welche Beweise für ihre Richtigkeit beizubringen vermöchte.

Aber ist das überhaupt möglich? Es scheint nein. Ist doch jeder Grundsatz, durch den man begründen wollte, selbst wieder der Begründung bedürftig — unmittelbar durch sich selbst geltende und darum gewisse Sätze des Rechts giebt es nicht —, und so käme man zu einer Kette ohne Ende, das heiſst eben schlieſslich doch zu keiner Begründung. Die Berufung darauf, dieses oder jenes Princip entspreche der Natur der Sache, ist kaum je etwas anderes als eben ein Verzicht auf Begründung, bestenfalls enthält sie Werturteile, deren Richtigkeit logisch nicht nachweisbar ist. Und ebenso steht es mit den allgemeinen Erörterungen, welche de lege ferenda angestellt werden. Bei beiden handelt es sich in Wahrheit nur um Vorschläge, welche die Jurisprudenz in ihrer Eigenschaft als ars aequi et boni macht, aber sie entbehren eben wegen dieses irrationalen Restes der vollen Überzeugungskraft, die das Wirkliche hat. Hieran leiden in der That alle bisherigen Theorien: ihre Richtigkeit läſst sich nicht beweisen.

[18] Vgl. die von Meili, Geschichte u. System S. 56 fg. gesammelten Stimmen.

Nur eine Art der Deduktion gäbe es, welche mehr zu leisten im stande wäre: die nämlich, dafs wir aus Sätzen deduzierten, welche für uns deshalb keiner weiteren Begründung bedürfen, weil sie selbst als Rechtssätze anerkannt sind. Wir suchen ein Princip, das der künftigen internationalrechtlichen Gesetzgebung der einzelnen Staaten einheitlich zu Grunde zu legen ist: die Aufgabe wäre gelöst, wenn wir nachweisen könnten, dafs ein Rechtssatz bereits existiert, welcher von allen einzelnen Staaten eine Internationalrechtsordnung bestimmten gleichen Inhalts verlangt. Ein solcher Rechtssatz wäre ein überstaatlich geltender, ein völkerrechtlicher. Die Annahme, dafs ein solcher Rechtssatz existiert, hat sogar von vornherein eine gewisse Wahrscheinlichkeit für sich. Man braucht sich nur daran zu erinnern, dafs von Völkerrechtssätzen, welche Anforderungen an die innerstaatliche Rechtsordnung enthalten, auch sonst oft genug die Rede ist: wenn es, wie behauptet wird, völkerrechtliche Sätze giebt, die eine Anforderung an die materielle Privatrechtsordnung der einzelnen Staaten, insbesondere in Bezug auf die Behandlung der Ausländer enthalten — läfst sich dann nicht vermuten, dafs es auch völkerrechtliche Anforderungen an die innerhalb des Staats geltenden Anwendungsnormen giebt? Und wenn es solche giebt, so wäre auch eine weitere Annahme wenigstens nicht hoffnungslos: das Dasein solcher völkerrechtlichen Sätze könnte bereits jetzt eine Rückwirkung auf den Inhalt der einzelnen staatlichen Rechtsordnungen dergestalt ausüben, dafs ein und derselbe Satz überall subsidiär in die Lücken der staatlichen Internationalrechtsordnungen einzutreten hätte und auch von den Parteien bei ihrer Rechtsanwendung zu Grunde zu legen wäre. Man darf wohl ohne weiteres sagen: es giebt entweder überhaupt keine allgemeinen Prinzipien des internationalen Privatrechts, die etwas anderes sind als mehr oder minder willkürliche Vorschläge, oder sie können mittelbar oder unmittelbar aus dem vorhandenen Völkerrecht abgeleitet werden.

III. Nunmehr läfst sich die Aufgabe, welche das vorliegende Buch sich stellt, genau bezeichnen. Es will noch einmal den unmodern gewordenen Versuch erneuen, einheitliche Principien des internationalen Privatrechts im Dienst der geschilderten drei Zwecke — für die Ausfüllung der Lücken des positiven Rechts, für die künftige Gesetzgebung, für die Rechtsanwendung durch die Parteien — aufzufinden und die Durchführbarkeit der aufgefundenen Principien zu erweisen. Es schlägt dazu den Weg ein zu ermitteln, ob solche Principien nicht vielleicht als völkerrechtliche gegeben

sind. Wenn das der Fall ist, so giebt es zwei Arten Recht, die beide als internationales Privatrecht bezeichnet werden können: die im einzelnen Staat geltenden Grundsätze des internationalen Privatrechts („innerstaatlich geltendes internationales Privatrecht“) und die von diesen eventuell sehr abweichenden völkerrechtlichen Grundsätze, die sich auf die Gestaltung des innerstaatlichen internationalen Privatrechts beziehen („überstaatlich geltendes internationales Privatrecht“).

Der erste Teil dieses Buches erörtert zunächst, ob und in welcher Weise eine Ableitung der internationalrechtlichen Principien aus dem Völkerrecht möglich ist, er untersucht sodann im Gegensatz hierzu das Wesen und den Inhalt des innerstaatlich geltenden International-Privatrechts und zeigt das Verhältnis auf, in welchem das völkerrechtliche International-Privatrecht zu dem innerstaatlich geltenden steht.

Diesem „reinen“ International-Privatrecht folgt dann im zweiten Teil das „angewandte“: die gewonnenen Ergebnisse werden hier auf die einzelnen Lehren des materiellen Rechts, auf die allgemeinen wie auf die besonderen, angewandt werden, in dem Sinne also, daſs gezeigt wird, wie die einzelnen Fragen vom Standpunkt eines innerstaatlichen International-Privatrechts, welches den gefundenen Principien völlig entspricht, gelöst werden müssen. Daraus ergiebt sich auch die Begrenzung, in der dieses Buch seine Aufgabe faſst. Es stellt nicht dar das in den einzelnen Staaten geltende Internationalrecht, soweit es aus besonderen gerade nur für dieses Rechtsgebiet wirksamen Quellen stammt (das im engeren Sinne positive internationale Privatrecht). Nur soweit das im Dienst der principiellen Frage nötig schien, ist es herangezogen: im ersten Teil mag hierin vom Zweckstandpunkt dieses Buches aus eher zu viel als zu wenig gethan sein; in dem „angewandten internationalen Privatrecht“ ist nur der Vergleichung halber auf die in den einzelnen Rechtsgebieten geltenden positiven Anwendungsnormen kurz hingewiesen worden. Während der Ausarbeitung dieses Buches erschienen die Werke von Niemeyer, „Positives internationales Privatrecht“ I 1894 und „Vorschläge und Materialien zur Kodifikation des internationalen Privatrechts“ 1895, sowie von Neumann, „Internationales Privatrecht in Form eines Gesetzentwurfs nebst Motiven und Materialien“ 1896; sie verzögerten das Herauskommen dieses Buches, weil sie notwendig noch Berücksichtigung zu finden hatten, sie erlaubten andrerseits eine erwünschte Kürzung des leider schon allzu umfangreich gewordenen Werkes. In jenen Büchern sind, wozu schon Meili in seiner „Kodifikation des inter-

nationalen Civil- und Handelsrechts“ 1891 den Anfang gemacht hatte, in dankenswerter Weise die innerstaatlich geltenden Anwendungsnormen planmäfsig gesammelt und abgedruckt: es erschien mir entbehrlich, diese Gesetzesstellen, auch soweit ich sie selbst schon gesammelt hatte, aufs neue im Verlauf der Arbeit zum Abdruck zu bringen; ich habe mich meist — wo nicht ganz leicht zugängliche Quellen vorliegen — darauf beschränkt, die betreffende Nummer der Gesetzesstelle bei Neumann oder Niemeyer zu citieren, in der Voraussetzung, dafs diese Bücher in der Hand eines jeden sein werden, der sich ernsthaft mit internationalem Privatrecht beschäftigt. Die deutsche Kodifikation des internationalen Privatrechts ist natürlich fortlaufend verwertet; sie konnte bei der letzten Durcharbeitung dieses Buches noch in der endgiltigen Form benutzt werden[19].

Dafs eine Darstellung und Kritik der fremden Internationalrechtstheorien nicht im Plan dieses Buches liegt, wurde bereits bemerkt; sie schien für die Zwecke, die es verfolgt, entbehrlich. Der Weg, den dieses Buch einschlägt, ist gleich von Beginn an ein selbständiger: es war nicht nötig, ihn erst durch fremde Meinungen hindurch zu bahnen. Die Überzeugungskraft der Theorie dieses Buchs ist von einer Kritik der fremden Theorien unabhängig, da eben jene zu diesen inhaltlich in keinem Abhängigkeitsverhältnis steht. Auch in den Einzelpunkten ist daher auf den — übrigens so leicht

[19] Es liegen vor: zwei Vorentwürfe, der des Redaktors des Allgemeinen Teils, Dr. Gebhard (§ 5—40) und der des Referenten (§ 5—39). Beide sind abgedruckt bei Meili, Geschichte und System des intern. Privatr. S. 198 ff. sowie auch bei Niemeyer, Vorschläge und Materialien zur Kodifikation u.s.w. S. 4—25 (vgl. dazu die Bemerkung von v. Bar, Lehrbuch S. 5 N. 2 !); sie werden hier citiert als Entwurf Gebhard und Referentenentwurf. Der erste Entwurf des BGB. enthält das internationale Privatrecht nicht, ebensowenig der des Einführungsgesetzes; ein besonders ausgearbeiteter Entwurf in der ersten Kommission, der als Entwurf I zu bezeichnen wäre, ist nicht veröffentlicht, er ist mir nur bekannt aus den Citaten bei Neumann a. a. O., s. dort das Register S. 280. Der veröffentlichte zweite Entwurf enthält das internationale Privatrecht als sechstes Buch in den §§ 2236—2265 (citiert als Entwurf II). In dem (nicht veröffentlichten) „endgiltig festgestellten“ zweiten Entwurf, „Entwurf IIa“, sind diese Paragraphen in anderer Ordnung und etwas geänderter Fassung als §§ 2361—2390 aufgenommen. Die Reichstagsvorlage endlich enthält das internationale Privatrecht im Entwurf des Einführungsgesetzes als Art. 6—30. Die Art. dieses „Entwurfs III“ sind mit sehr wenigen Änderungen als Artikel 7—31 in das Einführungsgesetz übergegangen (rein stilistische Änderungen enthalten die jetzigen Art. 13 Abs. 1, Art. 17 Abs. 4 am Ende, Art. 22 Abs. 2, Art. 23 Abs. 2 [„solange“] und Art. 24 Abs. 3. Sachlich ist die Änderung im Art. 17 Abs. 4 und Art. 21. Aufserdem sind die notwendigen Citatänderungen gemacht).

herbeischaffbaren! — Citatenballast namentlich in dem ersten Teil dieses Buches möglichst verzichtet worden; eben bei der Selbständigkeit des eingeschlagenen Wegs hatte es keinen Sinn, jede zufällige Berührung mit einer fremden Meinung oder gar auch jede abweichende Ansicht eines andern im einzelnen zu registrieren. Bekanntlich enthält von Bars Werk „Theorie und Praxis des internationalen Privatrechts“ (1889) sehr reiche und wertvolle Angaben über Litteratur und Rechtsprechung; gerade zum Zweck einer Orientierung in dieser Richtung ist bereits in dem ersten Teil dieses Buches jenes Werk mehrfach angeführt worden.

Seine notwendige Ergänzung würde das vorgelegte Buch hiernach durch eine systematische Bearbeitung des in jedem einzelnen Rechtsgebiet geltenden internationalen Privatrechts finden; solcher Darstellung steht es nicht ablehnend gegenüber, es fordert sie vielmehr. Wenn dieses Werk das ganze internationale Privatrecht umfassen wollte, würde es in einem dritten Teil das deutsche internationale Privatrecht und in einem vierten das der fremden Kulturstaaten behandeln; in einem fünften Teil hätte endlich die Geschichte des internationalen Privatrechts und seiner Wissenschaft zu folgen. Diese Fortsetzung des vorgelegten Werks ist indes zur Zeit nicht geplant.

Dies Buch hat es nur mit dem internationalen Privatrecht zu thun, in seiner doppelten Gestalt als völkerrechtliche Anforderung, als innerstaatlich geltendes Recht. Das bedeutet eine zweifache Abgrenzung, deren Rechtfertigung zum Teil schon aus dem früher (S. 15 fg.) Gesagten hervorgeht. Erstens: sein Gegenstand ist das internationale Privatrecht. Die Regeln, welche sich auf die örtliche Anwendbarkeit der Sätze des Strafrechts und Prozeſsrechts beziehen (internationales Strafrecht, internationales Prozeſsrecht), sind nicht behandelt. Die Untersuchung selbst wird ergeben, daſs diese Trennung methodisch geboten ist: die Gesichtspunkte, von denen aus die Entscheidung zu erfolgen hat, sind für das Privatrecht andere als für das öffentliche Recht in allen seinen Theilen. Insbesondere sind also auch die Rechtssätze über die Anerkennung und Vollstreckung ausländischer Urtheile, so bedeutsam sie für das internationale Privatrecht sind, nicht mit behandelt — wohingegen die Frage, nach welcher Rechtsordnung die materiellrechtlichen Wirkungen eines an sich als wirksam anerkannten Urteils und einer Vollstreckungshandlung zu beurteilen sind, natürlich ins eigentliche internationale Privatrecht gehört und daher auch in diesem Buch behandelt ist (s. Teil II Buch I Kap. V). Gewohn-

heitsmässig gelangt im internationalen Privatrecht ferner auch die prozefsrechtliche Frage mit zur Erörterung, wie weit der Richter bei der Entscheidung international-privatrechtlicher Fragen das fremde Recht zu kennen hat. Wegen ihres nahen Zusammenhangs mit dem internationalen Privatrecht wird diese Frage, die übrigens in einen breiteren Rahmen einzuspannen ist, mitbehandelt werden (Teil I Buch II Kap. III). — Auch innerhalb des Privatrechts wird im wesentlichen nur das gewöhnliche bürgerliche Recht Behandlung finden, nicht auch das Handelsrecht, Wechselrecht und Konkursrecht: das Konkursrecht nimmt durch seine enge Verbindung mit dem Recht des Konkursverfahrens eine besondere Stellung ein; für die Abtrennung des Handels- und Wechselrechts war kein sachlicher Grund sondern nur der Wunsch nach einer engeren Begrenzung des Stoffs entscheidend.

Zweitens: sein Gegenstand ist das internationale Privatrecht, nicht das materielle Privatrecht. Es versteht sich von selbst, dafs die Regeln über die örtliche Anwendbarkeit der Privatrechte der verschiedenen Staaten völlig getrennt zu halten sind von dem materiellen Inhalt des anzuwendenden Privatrechts selbst, wie ebenso auch das internationale Strafrecht und der materielle Inhalt der einzelnen Strafrechtsordnungen, das internationale Civilprozefsrecht und der Inhalt der einzelnen Civilprozefsordnungen im Übrigen gesondert zu halten sind. Dafs nun die Darstellung des materiellen Privatrechts des einzelnen Staats nicht in die Darstellung seines International-Privatrechts hineingehört, das ist natürlich theoretisch überall anerkannt: wenn sich trotzdem in den Darstellungen des internationalen Privatrechts manche Sätze finden, die in Wahrheit nicht Anwendungsnormen sondern materiellrechtliche Sätze sind, so liegt nur eine Verwechslung vor; die Unterscheidung ist im einzelnen manchmal schwieriger als sie zunächst erscheint. — Aber noch eine andere Abgrenzung ist hier vorzunehmen. Schon oben wurde gesagt, dafs im Interesse der vollen Durchführung einheitlicher Anwendungsnormen gewisse Anforderungen an den materiellen Inhalt der einzelnen Privatrechtsordnungen mit Rücksicht auf ihre Gerechtigkeit zu erheben seien, dafs aber die Frage, welches diese Anforderungen im einzelnen sind, ein Teil der materiellen Rechtspolitik und nicht des internationalen Privatrechts sei. Aufstellung allgemeiner Sätze in dieser Beziehung würde nur aus einer Vergleichung der einzelnen Privatrechtsordnungen hervorgehen können und Untersuchungen so weitgreifender Art erfordern, wie sie im Rahmen einer Erörterung über inter-

nationales Privatrecht gar nicht angestellt werden können. Denn das Gebiet der Wissenschaft des internationalen Privatrechts ist fest abgegrenzt, ihre Voraussetzungen und ihre Methode sind eigenartig, und so ist sie nicht geeignet, Aufgaben der materiellen Rechtspolitik mit zu übernehmen, sie mufs vielmehr die materiellen Rechtsordnungen, deren Anwendbarkeit es zu regeln gilt, als ihrem Inhalt nach gegeben voraussetzen. Ja es ist sogar möglich, dafs einige dieser Anforderungen an die Gestaltung des materiellen Privatrechts der einzelnen Staaten sich bereits zu wahren Völkerrechtssätzen verdichtet haben. Behauptet wird das insbesondere in Bezug auf die rechtliche Gleichstellung der Ausländer mit den Inländern innerhalb der materiellen Privatrechtsordnung der einzelnen Staaten. Indes ob solche völkerrechtlichen Sätze wirklich existieren und wie sich der materielle Inhalt der einzelnen Privatrechtsordnungen zu ihnen thatsächlich verhält, das darzustellen ist wiederum nicht Aufgabe des internationalen Privatrechts: das internationale Privatrecht, soweit es völkerrechtlicher Natur ist, begreift die völkerrechtlichen Anforderungen an die Gestaltung der innerstaatlichen Anwendungsnormen in sich, nicht aber die völkerrechtlichen Anforderungen an die Gestaltung des innerstaatlichen materiellen Rechts. Die Darstellung dieser letzteren Anforderungen bildet vielmehr einen eigenen für sich bestehenden Zweig der Wissenschaft des Völkerrechts. Thatsächlich werden bei den Bearbeitungen des internationalen Privatrechts auch diese anderen völkerrechtlichen Fragen nicht selten mitbehandelt, aber das ist schwerlich von Nutzen, weil die Behandlung beider Arten von Fragen aus verschiedenen Gesichtspunkten her zu erfolgen hat. Dennoch kann eine Darstellung des internationalen Privatrechts über alle diese Anforderungen an den materiellen Inhalt der Privatrechtsordnungen nicht völlig schweigend hinweggehen. Sie mufs wenigstens die Rückwirkung aufzeigen, welche die Nichtbeachtung dieser Forderungen, soweit sie von der Rechtsordnung eines einzelnen Staats erhoben werden, auf das innerstaatliche International-Privatrecht dieses Staats üben würde. Hiervon wird daher im zweiten Buch des ersten Teils, Kapitel IV, gehandelt werden.

Der zur Lösung des Problems eingeschlagene Weg macht eine Trennung des im engeren Sinne internationalen Privatrechts von dem interlokalen, interprovinzialen u. s. w. zunächst auch in der Darstellung nötig, wie sie jedenfalls für den, der die Arbeit erst beginnt, in der Untersuchung methodisch geboten ist. In den ersten zwei Büchern des ersten Teils wird das Problem des

internationalen Privatrechts ausschliefslich unter der beschränkenden Voraussetzung behandelt, dafs Rechtsgebiet und Staatsgebiet völlig zusammenfallen (wenn in verschiedenen Staaten das gleiche Recht gilt, so macht das natürlich nichts aus), und dafs auch der einzelne Staat in keiner Staatenverbindung steht, welche seiner Souveränetät in Bezug auf seine Gesetzgebung Abbruch thun könnte. Im dritten Buch soll dann unter dem Stichwort „Interlokales Privatrecht“ untersucht werden, ob und wieweit die gefundenen Grundsätze auch dann Geltung haben, wenn die einzelnen Rechtsgebiete Teile eines einheitlichen Staats oder Staatsverbandes sind. Übrigens ist es erlaubt, bei der Erörterung des internationalen Privatrechts im engeren Sinne auch gerichtliche Entscheidungen heranzuziehen, die Fälle interlokaler Rechtsverschiedenheit betreffen: ich thue das nur soweit, als beide Arten von Fällen — den Ergebnissen dieses Buches zufolge — unzweifelhaft unter den gleichen Grundsätzen stehen.

Erstes Buch.

Überstaatliches internationales Privatrecht.

Erstes Kapitel.

Allgemeines überstaatliches International-Privatrecht.

I. Fragestellung.

Die Lösung des Problems des internationalen Privatrechts soll eine überall gleichmäfsig giltige sein: also mufs auch die Fragestellung so eingerichtet werden, dafs sie vom Standpunkt jeder einzelnen Rechtsordnung aus angenommen werden kann.

1. Das Problem des internationalen Privatrechts ist ein Teil der allgemeinen Frage: welches Gesetz ist bei der Entscheidung eines Rechtsfalls anzuwenden? Einen Rechtssatz „anwenden" bedeutet: ihn der Beurteilung des Rechtsfalls zu Grunde legen, ihn in dem Syllogismus, durch den die Entscheidung des Rechtsfalls gefunden werden soll, als Obersatz gebrauchen. Beurteilung, Entscheidung eines Rechtsfalls — darum handelt es sich immer. Die Frage nach dem anzuwendenden Gesetz wird nicht im rein wissenschaftlichen Interesse gestellt sondern im praktischen; man fragt, welches Gesetz anwendbar sei, nur darum, weil man ein Gesetz anwenden soll. Von diesem praktischen Zweck mufs man daher auch bei der Fragestellung ausgehen: ein konkreter Rechtsfall ist als zur Entscheidung vorgelegt zu denken. Zur Entscheidung — diese mufs also zwischen den beteiligten Parteien streitig sein: jeder Rechtsfall im Sinn dieser Fragestellung ist ein, sei es gerichtlicher, sei es aufsergerichtlicher Rechtsstreit. Die Parteien streiten aber wiederum nicht einer theoretischen Meinungsdifferenz, sondern immer eines praktischen Zwecks halber: die eine Partei nimmt ein

bestimmtes Recht der andern gegenüber in Anspruch. In jedem Rechtsstreit handelt es sich mithin um die Frage: hat diese Person dieses bestimmte in Anspruch genommene Recht oder nicht? Dieser Ausdruck deckt die Sache; von Verpflichtungen braucht nicht besonders gesprochen zu werden, da auf dem Gebiete des Privatrechts -- und nur auf diesem Gebiet bewegen wir uns hier — einer Verpflichtung stets ein Recht eines anderen entspricht.

Wie mannigfaltig und verschiedenartig nun auch die Fragen sein mögen, die bei dem einen Rechtsstreit als streitig zur Verhandlung kommen und in ihrer Beantwortung die schliefsliche Entscheidung bedingen: sie sind alle doch eben nur Vorstufen für die letzte praktisch allein wichtige Frage nach dem Dasein des behaupteten Rechts; die Beantwortung dieser praktischen Endfrage bildet den Zweck für die Beantwortung aller Vorfragen, in ihr liegt die Einheitlichkeit des Rechtsfalls. Und andrerseits: häufig dreht sich der Streit der Parteien scheinbar nicht um das Dasein eines in Anspruch genommenen Rechts, sondern um eine einzelne Frage rein thatsächlicher oder rechtlicher Natur: ob ein Irrtum vorgekommen, ob eine Genehmigung erfolgt, ob eine Partei handlungsfähig gewesen sei u. s. w., ja auch der Prozefs selbst hat möglicherweise nur die Aufgabe eine solche einzelne Frage zu erledigen, z. B. festzustellen, ob eine Urkunde echt sei. In Wahrheit ist der Streit dann aber doch immer Streit um das Dasein eines Rechts; die einzelne streitige Frage ist eben nur eine Vorfrage, die zum Zweck der Entscheidung der Hauptfrage gestellt wird, und die blofs deshalb allein zur Verhandlung kommt, weil von allen den Thatsachen, von deren Feststellung und Beurteilung die Entscheidung über das Dasein des behaupteten Rechts abhängt, gerade nur sie zweifelhaft ist.

Konzentriert sich hiernach jeder Rechtsfall in die eine Frage nach dem Dasein des behaupteten Rechts, so mufs diese Frage doch um beantwortbar zu sein wieder aufgelöst werden. Diese Partei hat dieses von ihr behauptete Recht nur dann, wenn sie es erworben und noch nicht wieder verloren hat. Die Frage im Rechtsfall lautet also: ist dieses Recht von dieser Person erworben? oder, falls das Erworbenhaben des Rechts feststeht: hat sie es wieder verloren? diese zweite Frage kann sich auch mit der ersten als eventuelle verbinden. Oder in anderer Gruppierung: ist dieses subjektive Recht entstanden, untergegangen, übertragen? (von dem Fall inhaltlicher Änderung des Rechts kann hier der Einfachheit halber abgesehen werden.) Oder

endlich auf einen gemeinsamen Ausdruck gebracht: ist die von der Partei behauptete Rechtswirkung eingetreten oder nicht?

Diese Fragestellung ist, wie sie es für den Zweck, der hier verfolgt wird, sein mufs, eine absolut allgemeingiltige, sie hängt nicht von der besonderen Gestaltung einer einzelnen Rechtsordnung ab, ist vielmehr für jede Rechtsordnung gleichmäfsig richtig und verwendbar. Denn mit den Ausdrücken „subjektives Recht“, „Erwerb“ und „Verlust“ sollen nicht irgendwie streitige oder zweifelhafte Begriffe eingeführt, sondern nur gewisse unstreitige für jede Rechtsordnung gleichmäfsig vorhandene Thatsachen bezeichnet werden. Dies ergiebt sich aus der Fragestellung selbst, die eben von der Thatsache des Rechtsstreits her ihren Ausgang nimmt. Wir bezeichnen in dieser Fragestellung mit „subjektivem Recht“ im Gebiete des Privatrechts die durch objektive Rechtssätze hergestellte besondere günstige Rechtslage einer Person gegenüber einer oder allen anderen, sofern das Eintreten und die Durchführung des staatlichen Schutzes dieser Rechtslage von der objektiven Rechtsordnung in den Willen jener ersteren Person verstellt ist. Thatsächlich kommen solche Gebilde in jeder, mindestens in jeder nicht ganz primitiven Rechtsordnung vor: die Rechtsordnung hat eben vielfach keinen Grund, einen Interessenschutz durch Zwang zur Erfüllung ihrer Gebote und Verbote eintreten zu lassen, wenn der, zu dessen Gunsten die Gebote und Verbote dienen sollen, das nicht beansprucht. Andere mögen das „subjektive Recht“ weiter definieren und von jenem „sofern“ Abstand nehmen: für uns bleibt diese Beschränkung an dieser Stelle richtig, wir müssen wenigstens das Untersuchungsobjekt so abgrenzen. Denn wenn überhaupt von einem Rechtsstreit die Rede sein soll, und das mufs es ja, damit von einer Anwendung der Gesetze geredet werden kann, so mufs wenigstens die eine Partei behaupten, dafs sie in einer solchen besonderen günstigen Rechtslage gegenüber der anderen Partei sei; behauptete sie das nicht, so wäre ein Rechtsstreit undenkbar, er könnte dann keinen praktischen Zweck haben. Dafs übrigens der staatliche Schutz nicht gerade in Form der Klage gegeben zu sein braucht, sondern auch bei Gelegenheit einer anderen Klage insbesondere in Form einer Einrede gewährt sein kann, ist durch die obige Definition nicht ausgeschlossen. In diesem allgemeinsten Sinne kann man wohl sagen, dafs es sich zu allen Zeiten und bei allen Nationen, soweit ein Privatrechtsstreit vorliegt, nie um etwas anderes als um das Dasein eines subjektiven Rechts handeln kann. Auch die Erfahrung

bestätigt, dafs diese Vorstellung ganz allgemein und als ganz allgemeingiltige überall gehandhabt wird. In gleichem Mafse unstreitig und allgemein verwendbar sind auch die Ausdrücke „Erwerb, Verlust, Entstehung, Untergang“ des subjektiven Rechts. Treten die Thatsachen ein, von deren Eintritt dem Inhalt der Rechtssätze gemäfs die besondere günstige Rechtslage abhängig ist, so sagen wir, das Recht entstehe; entsteht eine andere Thatlage, für welche dem Inhalt der Rechtssätze gemäfs die besondere günstige Rechtslage nicht mehr bestehen soll, so sagen wir, das Recht gehe unter. Diese Thatsachen — wir nennen sie Thatbestände — sind zum Teil sehr einfach: manche subjektive Rechte werden mit dem blofsen Dasein des Menschen gewährt und bleiben von seiner Geburt bis zu seinem Tode in Kraft, andere sind für ganz verwickelte Thatumstände berechnet; von Erwerb und Verlust läfst sich in beiden Fällen gleichmäfsig sprechen. Mit allen diesen Ausdrucksweisen will man also keinerlei willkürliche Begriffsbildungen bezeichnen, man bedient sich nur eines sprachlich kürzeren und bequemer handhabbaren Ausdrucks für einen überall gleichmäfsig vorhandenen, auf wirkliche Thatsachen sich beziehenden Vorstellungsgehalt.

2. Heifst „ein Gesetz anwenden“ es bei der Beurteilung der Frage, ob eine behauptete Rechtswirkung eingetreten sei, zu Grunde legen, so ergiebt sich nunmehr auch die besondere Fragestellung für das internationale Privatrecht. Verschiedene Gesetze, so pflegt man zu sagen, gelten wie zeitlich nacheinander so auch räumlich nebeneinander: der Geltungsbereich der Gesetze individualisiert sich durch Zeit und Raum. Welches der Geltungsbereich eines Gesetzes nach Zeit und Raum ist, das scheint sich ohne Weiteres bestimmen zu lassen: jedes Gesetz gilt zeitlich von dem Zeitpunkt ab, von dem ab es gelten will, bis zu dem Zeitpunkt, von dem ab es nicht mehr gelten will oder durch einen andern Rechtssatz aufser Geltung gesetzt wird; und es gilt räumlich für das Gebiet des gesetzgebenden Staats oder das engere Gebiet, für das es gelten will. Unter Verwendung dieser Ausdrucksweise würde also die internationalrechtliche Frage dahin zu stellen sein: welches der verschiedenen räumlich geltenden Gesetze ist bei der Beurteilung der Frage zu Grunde zu legen (anzuwenden), ob eine bestimmte von der Partei behauptete Rechtswirkung eingetreten ist? und in ganz analoger Weise müfste auch die Frage bezüglich der verschiedenen zeitlich geltenden Gesetze gestellt werden.

Für die zeitliche Anwendbarkeit der Gesetze ergiebt sich auf

diese Frage sofort eine klare Antwort, wenn man nur überlegt, was allein mit dem Begriff Geltung gemeint sein kann. Wenn wir von einem Rechtssatz aussagen, er gelte, so ist damit die eigentümliche Form seiner Wirklichkeit gemeint[1]. 'Ein Rechtssatz gilt rechtlich' ist dasselbe wie: er existiert eben als Rechtssatz. Die Thatsache, dafs ein Befehl oder eine Erlaubnis bestimmten Inhalts seitens einer anderen Person thatsächlich ergangen sei, läfst uns noch nicht urteilen, dafs dieser Befehl, diese Erlaubnis auch gelte; wir urteilen so vielmehr nur dann, wenn wir meinen, dafs infolge des Befehls, der Erlaubnis ein Sollen (Verpflichtung), ein Dürfen (Berechtigung) der Person eintritt, an die der Befehl, die Erlaubnis gerichtet ist. 'Ein Rechtssatz gilt' bedeutet also: immer wenn die in dem Rechtssatz bezeichneten Voraussetzungen verwirklicht sind, tritt auch die von dem Rechtssatz gewollte Folge, das Berechtigt- oder Verpflichtetsein, ein. Hiernach hat denn auch der besondere Begriff des zeitlichen Geltens einen klaren Sinn; das zeitliche Moment fügt sich in jenen Geltungsbegriff von selbst ein, da auch jede Rechtswirkung, obschon sie nur eine Gedankenbeziehung ist, doch in der Zeit eintritt: in diesem bestimmten Zeitpunkt, da die von dem Rechtssatz genannten Voraussetzungen vorliegen, wird die Erlaubnis, der Befehl für diese konkrete Person lebendig. Zeitlich gelten kann also nur heifsen: in dem bezeichneten Zeitraum treten die Rechtswirkungen nur nach diesem Gesetz ein. Das ist ja recht betrachtet nur eine Tautologie. Wenn in diesem Zeitpunkt die Rechtswirkung sich gemäfs gerade diesem Gesetz vollzieht, so gilt das Gesetz eben in diesem Zeitpunkt; wenn das Gesetz in diesem Zeitpunkt gilt, so kann auch eine bestimmte Rechtswirkung nur eintreten, falls jenes Gesetz sie für den vorliegenden Thatbestand angeordnet hat, und kann nicht eintreten, wenn das nicht der Fall ist. Vorausgesetzt, dafs keine bindende positive Anwendungsnorm besteht, ist mithin bei der Entscheidung der Frage, ob eine bestimmte von der Partei behauptete Rechtswirkung eingetreten sei, dasjenige der verschiedenen zeitlich geltenden Gesetze anzuwenden, das in dem Zeitpunkte gegolten hat, wo die Rechtswirkung eingetreten sein soll, ganz gleichgiltig, ob auch nach dem zur Zeit der Anwendung geltenden Gesetze ebenso zu entscheiden wäre. Von dieser Grundlage aus ist in der That die

[1] Näheres Zitelmann, Gewohnheitsrecht, im Archiv für die civilist. Praxis Bd. 66 S. 446 ff.

Frage nach der zeitlichen Anwendbarkeit der Gesetze zu lösen; doch darf dieser Gedanke hier nicht weiter verfolgt werden, so nahe auch, wie sich in diesem ganzen Buch zeigen wird, beide Probleme und ihre Lösungen mit einander verwandt sind.

Leider läfst sich aber die örtliche Anwendbarkeit der Gesetze nicht auf dieselbe einfache Weise bestimmen. Denn der Begriff des örtlichen Geltens, so unbedenklich er auch verwendet wird, hat keinen von vornherein klaren Sinn. Analog dem Vorigen wäre zu sagen: dasjenige der verschiedenen örtlich geltenden Gesetze ist anzuwenden, das an dem Ort gilt, wo die Rechtswirkung eingetreten sein soll, gleichgiltig, ob auch nach dem am Ort der Anwendung geltenden Gesetz ebenso zu entscheiden wäre. Indes die Rechtswirkung als eine Gedankenbeziehung ist nichts örtliches, an einem bestimmten Raumpunkt eintretendes, die Vorstellung eines Orts der Rechtswirkung wäre wenigstens erst durch künstliche Gedankengänge zu bilden; als Grundlage für die Erörterung des internationalrechtlichen Problems kann sie deshalb nicht dienen.

Will man also den Begriff der örtlichen Geltung in der Fragestellung überhaupt beibehalten, so darf man ihn doch nur in dem rein äufserlichen Sinne nehmen: er bezeichnet die Thatsache, dafs ein Gesetz für ein bestimmtes Raumgebiet gelten zu wollen erklärt. In dieser Untersuchung soll nun, wie schon angekündigt, der Fall des interlokalen, interprovinzialen u. s. w. Privatrechts zunächst bei Seite gelassen werden, sodafs wir also Staatsgebiet und Rechtsgebiet (d. h. Gebiet, für welches das Gesetz in jenem äufserlichen Sinne „gilt") als zusammenfallend annehmen. Bei dieser Einengung der Untersuchung läfst sich dann — und das empfiehlt sich wohl — die Verwendung des Begriffs der örtlichen Geltung in der Fragestellung ganz vermeiden. Man kann von der einfachen und klaren Thatsache ausgehen, dafs mehrere Staaten jeder eine Rechtsordnung besitzen, und die Frage dann so stellen: die Rechtsordnung welches der mehreren Staaten ist auf diesen Rechtsfall anzuwenden? wobei vorausgesetzt wird, dafs eine positive Anwendungsnorm, welche den Urteilenden etwa bände, nicht existiert. Oder, indem ich nun den Begriff des Rechtsfalls in dem oben dargelegten Sinn verdeutliche: die Rechtsordnung welches der mehreren Staaten ist bei der Beurteilung der Frage, ob diese bestimmte Rechtswirkung eingetreten sei (ob diese bestimmte Person dieses von ihr behauptete Recht erworben oder verloren habe), anzuwenden? Mit dieser Konzentrierung der Fragestellung auf die eine rechtliche Thatsache des

Rechtserwerbs oder Rechtsverlusts ist natürlich nicht gesagt, dafs diese rechtliche Thatsache auch einheitlich nach einem Gesetz beurteilt werden müsse: die Möglichkeit bleibt offen, dafs bei der Beurteilung dieser einen rechtlichen Thatsache je nach den verschiedenen faktischen Thatsachen, auf denen der Rechtserwerb oder Rechtsverlust beruhen soll, verschiedene Gesetze anzuwenden sind, sodafs wir schliefslich doch wieder dazu zurückkämen, für die einzelnen Thatsachen gesondert nach der Anwendbarkeit des Gesetzes zu fragen. Die jetzige Fragestellung soll hier der Antwort keineswegs vorgreifen.

Um das Problem ganz rein zu haben, soll zuerst angenommen werden, dafs die Frage zur Entscheidung kommt sofort, nachdem der Rechtserwerb oder Rechtsverlust eingetreten sein soll, dafs also alle Verhältnisse zur Zeit der Beurteilung des Rechtsfalls noch ebenso liegen wie zur Zeit, da der Rechtsfall sich ereignete. Erst am Schlufs (unter VI) wird dann die Verwicklung ins Auge zu fassen sein, dafs zwischen jenem Zeitpunkt des angeblichen Rechtserwerbs oder Rechtsverlusts und der Beurteilung des Falls die mafsgebenden Verhältnisse — welches diese sind, wird aus der folgenden Untersuchung klar werden — sich geändert haben.

Die Aufgabe des folgenden Abschnitts ist es, den Weg aufzuzeigen, auf dem zu einer Lösung des internationalrechtlichen Problems in dem besprochenen Sinne zu gelangen ist. Da die Lösung, wenn es überhaupt eine giebt, nur völkerrechtlicher Natur sein kann (s. oben S. 25), unsere Fragestellung andererseits von dem Erwerb und Verlust der subjektiven Privatrechte ausgeht, so ergiebt sich die Richtung des Weges mit Notwendigkeit. Völkerrecht ist das für die Verhältnisse der einzelnen Staaten zu einander geltende Recht; eine u n m i t t e l b a r e Beziehung des subjektiven Privatrechts des Einzelnen zum Völkerrecht kann es nicht geben, zwischen beiden steht der einzelne Staat. Danach erhalten wir eine Vierteilung des folgenden Abschnitts: wir haben zunächst, um eine Grundlage zu gewinnen, das subjektive Privatrecht selbst seinem Inhalt nach näher zu betrachten, sodann das Verhältnis zu bestimmen, in dem das subjektive Privatrecht des Einzelnen zum einzelnen Staate steht, und dann erst zu dem völkerrechtlichen Verhältnis von Staat zu Staat aufzusteigen, um schliefslich die Beziehung des Völkerrechts zum International-Privatrecht festzustellen.

II. Der Weg zur Lösung des Problems.

1. Das subjektive Privatrecht.

Wenn die folgende Erörterung es unternimmt, den Begriff des subjektiven Privatrechts in der Umgrenzung, die ihm in der Fragestellung gegeben war, näher zu zergliedern, seine Allgemeingiltigkeit genauer darzulegen und seinen möglichen Inhalt vorauszubestimmen, so wird damit freilich der Boden des Anerkannten verlassen und auf ein äufserst bestrittenes Gebiet übergetreten. Das könnte für die Zwecke dieses Buches entweder gefährlich oder überflüssig erscheinen. Gefährlich wäre es, wenn die Richtigkeit seiner letzten internationalrechtlichen Ergebnisse von der Richtigkeit der Ansichten abhinge, die es über die logische Natur und die Kategorien der subjektiven Privatrechte vorträgt. In Wahrheit ist das nicht der Fall. Denn was das thatsächlich für Verhältnisse sind, denen hier der Name des subjektiven Rechts gegeben ist, darüber wird kein Zweifel bleiben: der Zweifel bezieht sich nur auf die letzten Elemente, in welche der Begriff zu zerlegen ist; nur auf jene im folgenden ebenfalls näher zu erörternden Thatsachen aber und nicht auf diese Analysen und Konstruktionen kommt es für die weiteren Untersuchungen an. Danach könnte der letztgenannte Teil der folgenden Erörterung überflüssig erscheinen. Er ist es jedoch insofern nicht, als ohne ihn eine Reihe der späteren Untersuchungen in allzu ängstlicher Unbestimmtheit bleiben müfste; auch lassen sich die zu gewinnenden Sätze für eine Verdeutlichung der internationalrechtlichen Grundlegung mit Vorteil verwenden. Dem Zweck dieses Buches entsprechend beschränke ich mich indes darauf, nur meine eigne Stellung zu diesen vielverhandelten Problemen kurz anzugeben, ohne eine Auseinandersetzung mit der vorhandenen reichen und bekannten Litteratur vorzunehmen[2].

[2] Litteraturangaben bei Gierke, Deutsches Privatrecht I § 15 N. 1 und § 27 N. 1, ferner bei Oertmann in Iherings Jahrbüchern 31 S. 415 ff., dazu noch u. a. Heilinger, Recht und Macht, und Frenzel, Recht und Rechtssätze. In allererster Linie sind die eindringenden und besonnenen Untersuchungen von Bierling, Juristische Prinzipienlehre I (1894) zu erwähnen. Meine Bemerkungen Irrtum S. 200 ff. treffen nur einen kleinen Teil der im folgenden behandelten Fragen und bedürfen auch für diesen Teil der Verdeutlichung, Vervollständigung und Änderung; die Darstellung dort ist übertrieben und darum mifsverständlich, durch weitere Übertreibung der Übertreibung hat man sie dann noch mehr mifsverstanden als zu erwarten war. S. ferner „Möglichkeit eines Weltrechts“ (Wien 1888) S. 4—7.

Der Inhalt jedes subjektiven Rechts wird durch die einzelne positive Rechtsordnung, die es verleiht, bestimmt; wie eine und dieselbe Rechtsordnung subjektive Rechte verschiedenartigsten Inhalts kennt, so ist auch in den verschiedenen Rechtsordnungen der Inhalt der einzelnen subjektiven Rechte sehr verschieden ausgemessen: die eine Rechtsordnung kennt Rechte, welche die andere überhaupt nicht kennt, und ähnliche Rechte haben doch im Einzelnen in den verschiedenen Rechtsordnungen verschiedenen Umfang. Dennoch läfst sich hier von vornherein Allgemeingiltiges sagen: wenigstens seiner formalen Seite nach mufs der mögliche Inhalt des subjektiven Rechts überall der gleiche sein. Das hat seinen Grund darin, dafs das objektive Recht, so verschieden sein Inhalt auch bei den einzelnen Völkern und zu den verschiedenen Zeiten sein mag, doch seinem formalen Charakter nach überall ein und dasselbe sein mufs gemäfs der übereinstimmenden geistigen Organisation des Menschen. Mit dem „formalen Charakter“ ist natürlich nicht die grammatische Form der Rechtssätze gemeint — diese kann sehr verschieden sein —, sondern ihre logische Natur, wie sie sich bei einer Analyse ergiebt. Jede „formale“ Charakterisierung ist notwendig einseitig, sie fafst die Wirklichkeit nur von einer Seite, nicht in ihrer Ganzheit. Darum bleibt sie aber doch richtig. Wenn man das objektive staatliche Recht z. B. gemeinsam als erklärten staatlichen Willen bezeichnet, so darf man das nicht deshalb für unrichtig erklären, weil darin nichts über die wesensnotwendige Begrenzung des Inhalts des Willens gesagt sei. Es scheint mir auf der Hand zu liegen, dafs ein Willensakt darum nicht weniger ein Willensakt ist, weil er durch Vorstellungen gewisser Art motiviert ist und weil wir ihn je nach seinem Inhalt mit verschiedenen Werturteilen begleiten[3].

Ich sehe nun den Inhalt alles objektiven Rechts seiner formalen Natur nach in zweierlei[4].

Das objektive Recht richtet sich einmal an die Einzelnen. Es besteht insoweit aus Befehlen[5] und Erlaubnissen an sie, und zwar

[3] A. A. Gierke, Deutsches Privatrecht I S. 116—117.

[4] Die folgenden Bemerkungen passen unmittelbar nur für das Gesetzesrecht, die Übertragung auf das Gewohnheitsrecht ist möglich, der Beweis könnte aber nur auf allzuweit abführendem Wege erbracht werden; s. die Bemerkung von Bergbohm, Jurisprudenz I S. 94.

[5] Ich nehme hier Befehl im weiteren Sinne als Ausdruck eines Willens, dafs etwas gethan oder unterlassen werde. S. über „Befehl“ und „Imperativ“ Bierling, Kritik II S. 349, Principienlehre I S. 27[3].

sind die weitaus meisten dieser Befehle und Erlaubnisse abstrakt, nicht für den konkreten Fall gegeben. Der Zweck des objektiven Rechts, Ordnung des Gemeinschaftslebens zu sein, läfst sich nicht anders erreichen als durch Sätze, die sich an den Willen der Menschen wenden; die allgemeine Anlage des praktischen Denkens macht es aber nötig, diese Sätze als Gebote, Verbote, Erlaubnisse aufzufassen, und läfst hier ferner die Begriffe des Dürfens und Sollens bilden: kraft der Erlaubnis „darf" die Person, auf welche die Voraussetzungen der Erlaubnis zutreffen, kraft des Befehls „soll" sie, ist sie „verpflichtet".

Ich führe hier neben den Sollsätzen noch Erlaubnissätze an. Bekanntlich bestreiten mehrere tiefdringende juristische Denker, dafs die Erlaubnis einen eignen Inhalt habe: sie sehen in ihr nur die Verneinung eines Verbots gegenüber der Person, der erlaubt wird. Und diese Verneinung des Verbots sei häufig noch — und das gebe dem betreffenden Rechtssatz sein positives Interesse — begleitet von einem Verbot an andere Personen, die erlaubte Handlung zu stören oder selber vorzunehmen. Das objektive Recht bestehe demnach in Wahrheit nur aus Befehlssätzen. Selbstverständlich leugnen die Vertreter dieser Anschauung nicht, dafs die Wendung, dies und das sei erlaubt, ein so gut wie unentbehrlicher kürzerer Ausdruck für den gedachten Normeninhalt sei. Und gerade, weil sie das anerkennen, weil also nicht über die Thatsache des Vorkommens von eignen Erlaubnissätzen sondern nur über ihre Rückführbarkeit auf Befehlssätze gestritten wird, kann man keinen Fehler begehen, wenn man den Begriff der „Erlaubnis" beibehält, wie es im Folgenden geschehen wird. In der Sache selbst bin ich nun der Meinung, dafs es allerdings juristisch möglich ist, jeden Erlaubnissatz auf (bejahte oder verneinte) Sollsätze zurückzuführen. Ich halte das für ein sicheres Ergebnis der neueren Untersuchungen, insbesondere der Bierlingschen. Die natürliche Anschauung wird dabei allerdings „vergewaltigt", denn ihr ist die Erlaubnis, so viel ich beobachten kann, in den meisten Fällen etwas Eigenes, Selbständiges. Soll die Erlaubnis wirklich einen durch Sollsätze nicht ausdrückbaren Inhalt haben, so kann es meines Erachtens nur der sein: während in gewissen Fällen das Erlaubtsein in der That nichts anderes bedeutet als das Nichtverbotensein, enthält es in anderen noch ein Moment positiver Billigung seitens des objektiven Rechts; das Dasein oder Nichtdasein dieses Elements macht zwar für die juristische Wirkung nichts aus, ist aber doch von ethischer Bedeutung, und gerade weil dieses Moment

stark empfunden wird, sträubt sich die naive Auffassung gegen die Rückführung der Erlaubnissätze auf Befehlssätze. Näher kann ich auf diese Frage hier nicht eingehen, und wiederhole nur: ob man in der Erlaubnis blofs die Negation eines Verbots oder auch ein positives Element der Anerkennung findet, macht für unsere Untersuchungen keinen Unterschied.

Die Rechtslage der Person nun, die wir subjektives Recht nennen, wird natürlich auch durch solche Befehle und Erlaubnisse hergestellt: eine günstige Rechtslage der Person ist vorhanden, wenn für sie ein besonderer Erlaubnissatz zutrifft, wenn sie also etwas besonderes „darf“, ebenso auch, wenn eine andere Person zu ihren Gunsten etwas bestimmtes thun oder unterlassen „soll“. Hinzukommen mufs, wie früher gesagt, dafs das Eintreten und die Durchführung des staatlichen Zwanges zum Schutz dieser Rechtslage in den Willen der Person gestellt ist. Auch diese von dem Willen des Einzelnen bedingte Verheifsung staatlichen Schutzes bildet ein Element des subjektiven Rechts. Die Betrachtung dieser Schutzverheifsung zeigt uns aber sogleich die zweite Art von Rechtssätzen; sie zeigt, dafs nicht alles objektive Recht aus Befehlen und Erlaubnissen besteht. In der Rechtsordnung sind nämlich eine Reihe von Sätzen enthalten, durch die der Staat etwas bestimmtes zu thun oder zu unterlassen verspricht, d. h. sich selbst bindet, eine Verpflichtung sich auferlegt, und durch die er Grenzen und Inhalt seiner Handlungsfreiheit gegenüber den Einzelnen festsetzt, sich selbst öffentliche Rechte gewährt. An sich liegt in alledem nur eine Erklärung, später so und so thätig oder nicht thätig werden zu wollen, aber diese Erklärung ist nach dem eigenen Willen des Staats eine solche, die sogleich bindet und nicht anders als durch neue Gesetzgebung zu ändern ist: sie ist auch insoweit eine Willenserklärung.

Man hat nun auch diese Vorausbestimmung des Staats über seine Thätigkeit auf Befehle und Erlaubnisse zurückgeführt: sie enthalte Befehle und Erlaubnisse an die Organe des Staats, in bestimmter Weise thätig zu werden. Unzweifelhaft lassen sich solche Befehle und Erlaubnisse oft genug aus ihnen herauslesen; sobald man aber dieses interne Verhältnis des Staats zu seinen Organen bei Seite läfst und den Staat mit seinen Organen als eine Einheit nimmt, versagt jene Auffassung. Dafs man diese Einheit des Staats bei der ganzen Auffassung zu Grunde legen mufs, ergiebt sich meines Erachtens schon aus der doch nicht fortzuleugnenden Möglichkeit, dafs die gesetzgebende und die ausführende Gewalt in einer einzelnen

Person vereinigt ist: von einem Befehl oder einer Erlaubnis an andere ist dann sicherlich nicht die Rede. Will man hier also doch von Erlaubnissen und Befehlen sprechen, so kann man nur sagen, dafs der Staat, indem er sich für künftig bindet und den Kreis seiner Thätigkeit absteckt, Befehle und Erlaubnisse an sich selbst richtet; aber natürlich ist Befehl und Erlaubnis dann in ganz anderem Sinne genommen, als in welchem von Befehlen und Erlaubnissen gegenüber Einzelnen die Rede war.

Es wurde ohne Bedenken davon gesprochen, dafs der Staat sich Rechte und Pflichten gebe. Diese Thatsache steht fest: es giebt keine Rechte, die uns stärker Rechte dünken, als die des öffentlichen Rechts. Streitig ist nur die Frage, wie es zu begründen sei, dafs der Staat durch seine eigne Erklärung sich selbst binden könne[6]. Diese Frage würde nur durch eine auf sehr weitem Gebiet erfolgende Untersuchung gelöst werden können, oder richtiger, sie läfst sich überhaupt nicht ad hoc behandeln, sondern nur im Zusammenhang einer gesamten rechtsphilosophischen Grundlegung; unentbehrlich wäre für sie eine psychologische Analyse der Bildung der Pflichtvorstellung, die wiederum nur im Zusammenhang einer Psychologie aller rechtlichen Grundvorstellungen gefunden werden könnte. Von solchen Erörterungen kann an dieser Stelle natürlich nicht die Rede sein, sie wären auch für den Zweck dieser Arbeit überflüssig. Denn die Anschauung, dafs der Staat berechtigt und verpflichtet sei, ist ganz allgemein; ebenso fest steht die Thatsache, dafs er im wirklichen Rechtsleben überall als berechtigt und verpflichtet behandelt wird, und dafs er selbst Organisationen zum Zweck solcher Behandlung schafft. Dies genügt aber, um es zu rechtfertigen, dafs wir von Recht und Pflicht des Staats reden; die konstruktionelle Schwierigkeit bleibt, aber steht dem nicht entgegen.

Auch die Schutzverheifsung, welche der Staat bei Verleihung eines subjektiven Privatrechts giebt, ist eine Erklärung des Staats, durch die er sich selbst Pflicht und Recht zu bestimmtem Handeln

[6] Die durch die Verfassungen gegebene Differenzierung des Staats als gesetzgebenden und verwaltenden Staats erleichtert die Vorstellung, dafs der Staat (in der einen Eigenschaft) sich selbst (in der anderen Eigenschaft) Pflichten und Rechte geben könne (Tezner in Grünhuts Zeitschr. 20 S. 162—166), aber sie erklärt nicht, warum wir auch hier berechtigt sind, von Rechten und Pflichten zu reden. Über Jellineks Auffassung s. sein System der öff. Rechte S. 184 ff. und seine Citate dort S. 185[2]. S. auch Gierke, Deutsches Privatrecht I S. 117[16].

setzt[7]. Insofern diese Vorausbestimmung über sein eignes Handeln bereits motivierend auf das Verhalten des Einzelnen einwirken kann und soll, hat diese Schutzverheifsung freilich auch eine Richtung an die Gesamtheit der Einzelnen, nicht blos an den Staat selbst. Das subjektive Privatrecht — in dem Sinne des Worts, in dem es hier genommen wurde — hat demnach, um Privatrecht sein zu können, überall zugleich einen publizistischen Inhalt[8].

[7] Hier sei eine kurze Abschweifung gestattet. Ich halte für zweifellos, dafs in jedem Strafrechtssatz zwei Bestandteile zu unterscheiden sind: die Norm, welche zu einem bestimmten Unterlassen, hie und da auch zu einem bestimmten Thun verpflichtet, und das Strafgesetz. Beide unterscheiden sich in der im Text dargelegten Weise. Die Norm ist staatlicher Befehl an den Einzelnen, das Strafgesetz ist Befehl und zugleich Erlaubnis des Staats an sich selbst. Unzweifelhaft richtig erscheint es mir zu sagen, das bejahende Strafgesetz sei derjenige Rechtssatz, der Entstehung, Inhalt und Ende des subjektiven Strafrechts (der Strafpflicht) des Staats regle. Dem ist vollauf zuzustimmen. Indes die Analyse bleibt hierbei nicht stehen. Der Begriff des subjektiven Rechts und der Pflicht ist ein abgeleiteter; jeder wahre Rechtssatz sagt etwas über Rechte und Pflichten aus, die Analyse hat nunmehr zu ermitteln, welcher Art die Rechtssätze sind, durch die Rechte und Pflichten gegeben oder genommen werden. — Auch die „Norm" ist ein Rechtssatz, der über die Entstehung einer Pflicht etwas bestimmt; soweit die Normen kategorisch lauten — und die meisten lauten so —, ist die Entstehung der Pflicht zwar an keinen weiteren Thatbestand geknüpft als an das Dasein einer verpflichtbaren Person, immerhin regeln sie aber doch auch in diesem Fall die Entstehung einer Pflicht. Noch klarer ist das bei hypothetischen Normen: die Entstehung der Pflicht ist hier an das Eintreten einer Reihe von Umständen geknüpft; die Norm ist dann genau ebenso zweiteilig, wie das Strafgesetz. Das Strafgesetz seinerseits ist wieder eine Willenserklärung des Staats, in der er sich Recht und Pflicht zu strafen erteilt, wenn die erstgedachte Norm übertreten ist. Der Staat richtet im Strafgesetz einen Befehl und zugleich eine Erlaubnis an sich selbst, wie er in der Norm einen Befehl an den Privaten richtet.

[8] Die Darlegung des Textes bedarf einer Vervollständigung. Wir sprechen rechtlich von Verpflichtungen gleichermafsen, ob der Verpflichtete willensfähig ist oder nicht. Und doch kann daran auch meines Erachtens kein Zweifel sein, dafs der Befehl des Gesetzes an den Willensunfähigen nicht gerichtet oder doch nicht wahrer Befehl an ihn selbst sein kann. Der Begriffsinhalt, den wir bei Willensunfähigen mit dem Wort, sie seien verpflichtet, ausdrücken, ist vielmehr ein komplizierterer, der Ausdruck selbst nur eine bequeme Abkürzung. Der scheinbare Befehl an den Willensunfähigen ist zunächst ein Befehl an die willensfähige Person, die einem anderweiten Rechtsbefehl gemäfs verpflichtet ist, in Vertretung des Willensunfähigen zu handeln; dieser allgemeine Vertretungsbefehl wird durch jenen besonderen Befehl nur mit konkretem Inhalt erfüllt. Zugleich ist mit dem „Vertretungsbefehl" auch gesagt, dafs der Vertreter die Leistung jedenfalls zu Lasten des Vermögens

Werden nun alle subjektiven Rechte durch Sollsätze und Erlaubnissätze (nebst Schutzverheifsung) hergestellt, so ergeben sich auch die formalen Kategorien, in denen jedes denkbare subjektive Recht [9] unterzubringen ist, ohne weiteres. Entweder wird das subjektive Recht dadurch hergestellt, dafs ein Befehl an jemand erlassen wird, eine bestimmte Leistung (Thun oder Unterlassen) zu Gunsten eines Anderen vorzunehmen, und dafs diesem Anderen zugleich die Verfügungsgewalt eingeräumt wird — womit hier ausschliefslich die Verfügungsgewalt über das Eintreten und die Durchführung des verheifsenen staatlichen Schutzes gemeint ist. Das ist die eine Art subjektiver Rechte; man spricht hier von „relativen Rechten". Oder — das ist die andere Art — das subjektive Recht wird dadurch geschaffen, dafs ein gewisser Inhalt möglicher Handlungen aus der allgemeinen Handlungsfreiheit zu Gunsten eines bestimmten Anderen und unter seiner Verfügungsgewalt ausgeschieden wird. Die Rechtslage des Berechtigten kann dann dreifach gestaltet sein. Die vollkommenste und zugleich am meisten vorkommende Gestaltung ist folgende. Es liegt ein Erlaubnissatz des objektiven Rechts an die zu berechtigende Person vor: ihr wird erlaubt, jenen Handlungsinhalt auszuüben; damit verbinden sich aber zugleich allgemeine Verbote an die unbestimmte Vielheit anderer

des Willensunfähigen machen dürfe. Endlich liegt in dem sogen. Befehl an den Willensunfähigen noch die Anordnung, dafs Selbsthilfe und Staatshilfe zur Herbeiführung des durch die Leistung bezweckten Erfolgs gerade so zulässig sein sollen wie bei Befehlen an Willensfähige. Dieser eigentümliche Inhalt ist es, den auch ich künftig meinen werde, wenn ich von Verpflichtungen bei Willensunfähigen spreche. Ebenso ist es näherer Analyse bedürftig, wenn wir von Erlaubnissen an willensunfähige Personen sprechen. Auch hier ist einmal an Vertretung zu denken; im übrigen bleiben die Verbote an dritte Personen, die mit der Erlaubnis verbunden sind, bestehen, und ebenso ist die Staatshilfe zur Durchsetzung dieser Verbote verheifsen, gerade wie wenn die Erlaubnis an einen Willensfähigen gerichtet wäre. Ich bin demnach allerdings der Meinung, dafs das, was man bei willensunfähigen Personen Eigentum, Forderungsrecht, Verpflichtung u. s. w. nennt, inhaltlich von dem, was bei willensfähigen so heifst, verschieden ist. Für juristische Personen liegt die Sache ganz analog, und ich möchte hier nur andeuten, dafs das sogen. Problem der juristischen Personen, was die technisch-juristische Konstruktion anbetrifft, nur auf diesem Wege, soviel ich jetzt sehe, lösbar ist.

[9] Soweit es ursprünglicher Natur ist; über abgeleitete Begriffsbildungen von subjektiven Rechten, solche also, welche das Dasein der im Text genannten (ursprünglichen) subjektiven Rechte voraussetzen, insbesondere über die auf dem Begriff des juristischen Könnens beruhenden Rechte, wird später gesprochen werden; s. unten S. 140 und Teil II Buch I Kap. I Nr. III.

Personen. Diese Verbote sind von doppelter Art. Sie gehen einmal darauf, den Berechtigten in der Vornahme der ihm erlaubten Handlungen nicht zu stören[10]: das objektive Recht gewährleistet also dem Berechtigten die ungestörte Ausübung jenes bestimmten möglichen Handlungsinhalts durch Schutzversprechen gegen Beeinträchtigung seitens Anderer. Diesem Verbot der Störung des Berechtigten tritt eine zweite Art Verbote zur Seite: das objektive Recht verbietet allen Anderen zugleich auch die Ausübung eines gleichen Handlungsinhalts, wie ihn der Berechtigte ausüben darf, es gewährleistet dem Berechtigten nicht nur die ungestörte, sondern auch die ausschliefsliche Vornahme jenes Handlungsinhalts; oder in kürzerem Ausdruck: es monopolisiert diesen Handlungsinhalt zu Gunsten des Berechtigten. Auch für diese zweite Art allgemeiner Verbote gebrauche ich mit der ersten zusammen beim Mangel eines anderen Ausdrucks die Bezeichnung allgemeine „Störungsverbote", wobei denn allerdings in dem Worte „Störung" nichts anderes gedacht werden darf, als dafs der dem subjektiven Recht entsprechende thatsächliche Zustand gestört sei.

Neben diesen „absoluten" Rechten vollkommensten Inhalts kommen zwei weniger vollkommene Arten vor. Einmal kann dieser Charakter der Ausschliefslichkeit des Rechts fehlen: man denke z. B. an die Wegeservituten. Der Berechtigte darf hier einen bestimmten Handlungsinhalt vornehmen; die Vornahme gleicher Handlungen durch Andere ist hingegen kraft seines Rechts nicht verboten. Trotzdem ist auch hier jene Charakteristik richtig, dafs ein gewisser Handlungsinhalt aus der allgemeinen Handlungsfreiheit ausgeschieden sei: denn die Verbote, den Berechtigten in der Vornahme der kraft seines Rechts ihm erlaubten Handlungen zu stören, bestehen auch hier, und eben durch sie wird die allgemeine Handlungsfreiheit beschränkt. Rechte dieser Art kommen übrigens

[10] Dafs in der Störung dieser Handlungen, welches beliebige Recht auch in Frage stehen mag, zugleich immer eine Verletzung der dem Persönlichkeitsschutz dienenden Verbote liegen kann, ist richtig; ja nicht selten wird das objektive Recht sogar Grund haben, die Störung nur unter diesem letzteren Gesichtspunkte zu betrachten, und die konkurrierende mittelbare Störung der Ausübung eines bestimmten Rechts aufser acht zu lassen. Einen Grund, die allgemeine Verwendung des Ausdrucks „Störungsverbot" zu beanstanden, giebt das indes nicht ab. Die Bedenken von Thon, Rechtsnorm S. 166 ff. (vgl. Heilborn, System des Völkerrechts S. 28[42]) greifen dem Text gegenüber nicht Platz, da hier zwischen dem Verbot, die Handlungen des Berechtigten zu stören, und dem Verbot, selbst die gleichen Handlungen vorzunehmen, unterschieden wird.

wohl nur in sehr geringer Zahl vor, wir dürfen sie deshalb — a maiore ad minus — im Folgenden unberücksichtigt lassen.

In einer letzten Reihe von Fällen endlich fehlt ein eignes Handelndürfen des Berechtigten ganz, und folgeweise giebt es auch keine allgemeinen Verbote, den Berechtigten in der Ausübung seines Handlungsinhalts zu stören: hingegen sind — und nur hierin besteht hier das subjektive Recht — zu Gunsten und unter Verfügungsgewalt des Berechtigten Verbote an die unbestimmte Vielheit Anderer erfolgt, diesen bestimmten Handlungsinhalt auszuüben. So steht es z. B. bei der servitus altius non tollendi und ebenso bei manchen sogen. Persönlichkeitsrechten. Durch solche Rechte wird die allgemeine Handlungsfreiheit beschränkt, die des Berechtigten aber nicht vermehrt; von einem „monopolisierten“ Handlungsinhalt zu sprechen wird der Kürze halber auch hier erlaubt sein.

Je nach den Handlungsinhalten, die auf diese Weise vom objektiven Recht zu Gunsten eines Einzelnen monopolisiert sind, unterscheiden sich dann materiell in den einzelnen Rechtsordnungen die einzelnen subjektiven Rechte absoluter Art. Wenn sich der monopolisierte Handlungsinhalt auf Personen oder Sachen bezieht, so gebraucht man gern den Ausdruck, das subjektive Recht bestehe „an der Sache“, „an der Person“. Sache und Person sind hier das räumlich existierende sinnlich wahrnehmbare Stück der Aufsenwelt, auf welches sich die Handlungen beziehen, die der Berechtigte kraft seines subjektiven Rechts vornehmen darf, von denen er Andere ausschliefsen kann. Die naive Auffassung sieht dann Sache und Person selbst als Gegenstand des Rechts an, eben wegen der räumlichen Beziehung des gewährleisteten Handlungsinhalts auf gerade diese Person, diese Sache. Und speciell was die Rechte „an Personen“ betrifft: der dem Berechtigten gewährleistete Handlungsinhalt kann sich nicht nur auf fremde Personen, er kann sich auch auf die eigne Person beziehen, sodafs die Person zugleich Berechtigter und Gegenstand das Rechts ist. Der Körper des Berechtigten selbst bildet hier den Mittelpunkt der Handlungen, die allen Dritten verboten sind — dem Berechtigten wird dadurch eine gewisse Freiheitssphäre geschaffen. Man spricht hier, ganz der oben geschilderten Begriffsbildung entsprechend, von „Rechten an der eignen Person“. Ob freilich diese sogen. Rechte an der eignen Person wirkliche subjektive Privatrechte sind, ob es sich nicht vielmehr dabei um Rechtsgüter handelt, bei denen die Schutzform eine andere als bei den subjektiven Rechten ist, soll hier noch dahingestellt bleiben (s. unten S. 131 fg.).

In paralleler Begriffsbildung wird man auch da von einem Gegenstand des subjektiven Rechts zu sprechen geneigt sein, wo andere Handlungsinhalte, bei denen man ein solches räumliches Centrum nicht zu bezeichnen im stande ist, aus der allgemeinen Handlungsfreiheit herausgenommen und zum Inhalt eines subjektiven Rechts ausgestaltet sind. Beziehen sich die Handlungen z. B. auf den Gebrauch eines bestimmten Namens, auf die Verwertung eines geistigen Werks, so kann man von einem Recht „an dem Namen“, „an dem geistigen Werk“ sprechen, obwohl Name und geistiges Werk keine körperliche Existenz wie Sachen und Personen haben, ein räumlicher Beziehungspunkt des gewährleisteten Handlungsinhalts also nicht vorhanden ist; man darf dann allerdings nicht vergessen, dafs, eben weil der Beziehungspunkt im einen Fall ein körperliches Objekt (Person oder Sache), im anderen etwas Unkörperliches ist, die Angabe des Gegenstandes des Rechts, dessen also, woran das Recht besteht, doch im einen Falle inhaltlich einen ganz anderen Sinn hat als im anderen.

Diese Verschiedenheit liegt auf dem Gebiet eben des materiellen Inhalts des Rechts. Ihrem formalen Charakter nach aber, das mufs noch einmal betont werden, sind alle diese absoluten Rechte durchaus wesensgleich; alle diese Ausdrücke „Recht an einer Person“, „an einer Sache“, „an einem geistigen Werk“ u. s. w. sind nichts als Abbreviaturen: das „an etwas“ soll immer nur abgekürzt den einheitlichen inhaltlichen Beziehungspunkt aller der möglichen Handlungen bezeichnen, die kraft des subjektiven Rechts dem Einzelnen erlaubt, allen Anderen verboten sind.

Indes wir bedürfen für unsere Aufgabe an dieser Stelle überhaupt noch keiner Specialisierung der materiellen Handlungsinhalte, durch deren Gewährleistung subjektive Rechte geschaffen werden. Einiges Allgemeingiltige wäre freilich auch in dieser Richtung zu sagen möglich, obwohl, wie schon bemerkt, die einzelne positive Rechtsordnung allein zu bestimmen hat, in Bezug auf welche Handlungsinhalte subjektive Rechte geformt werden sollen. Denn für diese Bestimmung ist das objektive Recht doch nicht auf freie Erfindung angewiesen: da die Rechtsordnung Interessenordnung ist, und Verleihung eines subjektiven Privatrechts eine — freilich nur eine — Form bildet, in der das objektive Recht dem vorausgesetzten Interesse des Einzelnen Schutz verheifst, so wird das objektive Recht selbst durch die thatsächlichen menschlichen Interessen, die es vorfindet, seinem materiellen Inhalt nach bestimmt. Und diese thatsächlichen Interessen sind, einem gewissen Bestande

nach, bei allen Völkern und zu allen Zeiten die gleichen, weil die wirklichen Verhältnisse, in die der Mensch gestellt ist, und seine eigne Natur in gewissen Grundzügen unveränderlich die gleichen sind[11]. Die Vorstellungen über Schutzwürdigkeit und Schutzbedürftigkeit dieser Interessen können freilich wechseln, und mit steigender Entwicklung treten immer neue Interessen, die den Schutz der Rechtsordnung beanspruchen, auf, wie andere hinwiederum ausscheiden; ein gewisser gleichmäfsiger Bestand bleibt dennoch übrig. Man denke nur an Interessen in Bezug auf Sachgüter, auf fremde Personen. Andere Interessen sind wenigstens bei allen Völkern, die einer bestimmten höheren Kulturstufe angehören, mit Notwendigkeit thatsächlich vorhanden (z. B. das Interesse an der alleinigen Verwertung von Erfindungen). Da, was ja selbstverständlich ist, die thatsächlichen Interessen und ebenso die Vorstellungen über ihre Schutzwürdigkeit und Schutzbedürftigkeit causal gesetzmäfsig eintreten, so wird es, je mehr die causalen Thatsachen wissenschaftlich erkannt werden, um so mehr auch gelingen können, den möglichen materiellen Inhalt der subjektiven Rechte vorherzubestimmen.

Jedoch dies darf hier nicht weiter verfolgt werden; es liegt seitab unseres Wegs. Wir kehren zu den formalen Kategorien der subjektiven Rechte zurück. Ihre Durchmusterung ergiebt, warum eine einheitliche Definition des subjektiven Rechts so schwierig ist. Die Arten selbst blofs der ursprünglichen subjektiven Rechte, von denen allein bisher die Rede war, sind so verschieden, dafs jede zusammenfassende Begriffsbestimmung entweder allzu massig oder allzu dünn wird. Glücklicherweise kann aber die Wissenschaft, sobald die Arten genau bekannt sind, der gemeinsamen Definition entraten. Leichter sind Bestimmungen zu geben, welche das subjektive Recht nur von einer Seite her charakterisieren; solche Bestimmungen sind zwar nicht vollständig, aber doch richtig, und zwar die eine neben der anderen richtig. So ist es insbesondere zutreffend, das subjektive Recht von seinem materiellen Inhalt aus als rechtlich anerkanntes oder geschütztes Interesse zu bezeichnen, wobei man freilich unter „Interesse“ nicht ein konkret vorhandenes, sondern ein nach den gewöhnlichen Verhältnissen als vorhanden vorausgesetztes Interesse verstehen mufs; als Definition ist diese Bestimmung zu weit, da es auch andere Arten des rechtlichen Interessenschutzes giebt als die Verleihung eines subjektiven Rechts, als Charakterisierung ist sie aber richtig. Ebenso richtig

[11] Hierzu Zitelmann, Möglichkeit eines Weltrechts S. 15 fg.

und mit dieser ersteren Bestimmung durchaus verträglich, wenn auch nicht erschöpfend, ist es, das subjektive Recht als eine rechtliche Macht zu charakterisieren [12]. Da dies für den Zweck der folgenden Untersuchung bedeutungsvoll ist, verweile ich einen Augenblick dabei. In der Fragestellung war bereits gesagt, dafs wir den Ausdruck subjektives Recht nur in Fällen verwenden, wo das Eintreten und die Durchführung des staatlichen Schutzes in den Willen der Person verstellt ist. Ist dies aber der Fall, so ist dem Einzelnen mit jedem subjektiven Recht eben eine rechtliche Macht verliehen: diese Charakterisierung trifft zu, wie verschieden auch die in den einzelnen positiven Rechtsordnungen sich findenden materiellen Rechtsinhalte sein mögen; sie trifft ebenso für alle möglichen oben entwickelten formalen Kategorien von subjektiven Rechten zu. Wo das subjektive Recht durch einen Leistungsbefehl an jemand zu Gunsten und unter Verfügungsgewalt eines anderen hergestellt wird, ist das subjektive Recht rechtliche Macht, den Leistungspflichtigen zu der befohlenen Leistung zu zwingen; die rechtliche Macht ist hier eine ganz eng begrenzte, nur eben auf Erzwingung gerade dieser Leistung gerichtete Macht: man wird sie darum als Macht über den Schuldner in Bezug auf diese einzelne Leistung bezeichnen dürfen, und spricht abgekürzt auch wohl von Macht über diese einzelne Handlung oder Unterlassung. Letzteres ist freilich insofern ungenau, als der Gläubiger die befohlene Handlung des Schuldners wohl zu erzwingen, nicht aber auch zu verhindern die rechtliche Macht hat, wie er ebenso auch, wenn die Leistung in einer Unterlassung besteht, diese zwar erzwingen, nicht aber untersagen kann; ist man sich über diese Ungenauigkeit aber klar, so braucht man auch die Verwendung jenes abgekürzten Ausdrucks nicht zu scheuen. Dafs ebenso überall da, wo das subjektive Recht durch einen Erlaubnissatz nebst Störungsverboten, die an die unbestimmte Vielheit anderer gerichtet sind und zur Verfügung des Berechtigten stehen, eine Macht gewährt wird, liegt auf der Hand; und diese Charakterisierung trifft auch da zu, wo dem Berechtigten keinerlei eignes Handelndürfen zukommt, sondern nur Störungsverbote an die unbestimmte Vielheit anderer Personen erlassen sind und zu seiner Verfügung stehen, wie bei der servitus altius non tollendi: der

[12] Die Einwendung von Oertmann in Iherings Jahrb. 31 S. 430, „dafs eine Macht stets und notwendig etwas Physisches und Thatsächliches sei", würde höchstens den Ausdruck, aber nicht das Sachliche unserer Charakterisierung treffen.

Wille des Berechtigten ist eben für jenen möglichen Handlungsinhalt entscheidend; die durch die Verbote an alle anderen hergestellte Rechtslage des Berechtigten ist, da ihre Ausnützung von seinem Willen abhängt, eine Macht. Und gerade deshalb kommt es auch nicht darauf an, ob man, wie das früher besprochen ist, bei allen diesen sogenannten „absoluten“ Rechten, auch bei denen, die ein Handelndürfen des Berechtigten enthalten, die Thatsache der Erlaubnis als gleichgiltig und nur die allgemeinen (Störungs-) Verbote als erheblich ansieht; auch bei dieser Anschauung wird der Zustand des Berechtigten, der durch jene allgemeinen Störungsverbote hergestellt ist, als rechtliche Macht aufgefafst werden müssen.

Bei allen diesen absoluten Rechten wird man als das, worüber Macht gewährt ist, am besten und leichtesten den bestimmten Handlungsinhalt selbst nennen, den der Berechtigte eben selbst vornehmen, von dem er andere ausschliefsen darf; mittelbar ist Macht über diesen Handlungsinhalt eine Macht über die unbestimmte Vielheit anderer Personen, die eben von diesem Handlungsinhalt ausgeschlossen sind: ich ziehe jenen ersteren Ausdruck aber vor, weil er zugleich das mögliche Erlaubniselement des subjektiven Rechts ausdrückt; dafs die Macht über den Handlungsinhalt zugleich auch Verbotsmacht gegenüber anderen und insofern Macht über andere ist, mufs dabei immer mitgedacht werden — der gewählte Ausdruck wird hier kaum einem Mifsverständnis ausgesetzt sein. Und wie man da, wo sich der gewährleistete Handlungsinhalt auf eine Person oder Sache bezieht, gern abgekürzt von einem Recht an der Person, an der Sache spricht, so wird man auch die rechtliche Macht, die man in einem solchen Recht besitzt, als rechtliche Macht unmittelbar über die Person, über die Sache bezeichnen. Dieser Ausdruck ist nicht mifsverständlich, sofern man sich nur gegenwärtig hält, dafs auch er eben nur eine Abkürzung für jene kompliziertere, den Inhalt der Macht richtig angebende Bezeichnung ist. In gleicher Weise könnte man natürlich auch von Rechtsmacht über einen Namen, über ein geistiges Werk u. s. w. sprechen, doch ist das wenig gebräuchlich.

2. Das subjektive Privatrecht und der Staat.

In welchem Verhältnis das subjektive Privatrecht des Einzelnen zum Staate steht, bleibt nunmehr zu bestimmen. Die Antwort ist durch die vorige Untersuchung bereits in mehreren Punkten vorbereitet.

1) Jedes subjektive Privatrecht ist vom Staate durch seine Rechtsordnung verliehen.

a) Vom Staate. Dies bedarf nach zwei Seiten hin der Ergänzung. Aufser acht gelassen ist dabei einmal, dafs neben dem Staat auch andere Körperschaften oder Personen objektives Recht schaffen können. Die Tendenz nach einer immer stärkeren Monopolisierung der privatrechtlichen Gesetzgebung in der Hand des Staates ist indes unverkennbar, und schon heute ist das nichtstaatliche Recht dem staatlichen gegenüber von verschwindend geringer Bedeutung. Man wird deshalb richtig thun, zuerst nur das staatliche Recht ins Auge zu fassen; auf das nichtstaatliche soll ergänzend im letzten Buch dieser Grundlegung zurückgekommen werden.

Aufser acht gelassen ist ferner, dafs es auch gewohnheitliche Rechtsbildung giebt. Auch nach dieser Richtung hin ist aber die monopolisierende Tendenz der staatlichen Rechtsbildung und ihre weit überragende Bedeutung aufser Zweifel; sie ist so grofs, dafs thatsächlich Gewohnheitsrecht ohne Gestattung durch die staatliche Gesetzgebung sich kaum noch bilden kann, und insofern wird man innerhalb des Staats [13] das Gewohnheitsrecht als vom Staat anerkanntes und darum mittelbar staatliches Recht ansehen dürfen: eine Trübung der folgenden Schlufsreihen ist hieraus jedenfalls nicht zu besorgen.

b) Das subjektive Recht ist staatlich verliehen. Verliehen bedeutet: es entsteht durch den Willen des Staats. Doch ist dieser Ausdruck nach einer Richtung hin zu eng. Der Verleihung vollständig gleich steht der Fall, dafs der eine Staat durch seine Rechtsordnung ein von der Rechtsordnung eines anderen Staats verliehenes subjektives Recht unter gewissen Voraussetzungen einem von ihm selbst verliehenen gleichstellt, selbst dann gleichstellt, wenn er selbst es bei gleichem Thatbestand nicht verliehen haben würde. Dies ist in zweifacher Weise denkbar. Der Staat kann durch seine Rechtsordnung ein von einem jetzigen ausländischen Staat verliehenes Recht anerkennen — gerade dieser Fall wird uns später noch genauer beschäftigen —; aber auch an den Fall ist hier zu denken, dafs der Staat ein Gebiet neu erwirbt und nunmehr alle unter der bisherigen staatlichen Herrschaft erworbenen subjektiven Rechte weiterbestehen läfst.

[13] Dies darf der sogen. „Gestattungstheorie“ zugegeben werden (s. insbesondere G. Rümelin in Iherings Jahrb. 27 S. 251 fg.), auch wenn man sie als genügende Antwort auf die Frage nach dem Grund der Geltung des Gewohnheitsrechts überhaupt nicht anerkennt.

c) Das subjektive Recht ist vom Staat durch seine Rechtsordnung verliehen. Das subjektive Recht kann ausnahmsweise durch einen besonderen gesetzgeberischen Verleihungsakt im konkreten Fall entstehen; in der Regel entsteht es dadurch, dafs eine abstrakte gesetzliche Anordnung konkret wirksam wird, weil ihre Bedingungen (Thatbestand) im konkreten Fall verwirklicht sind. Auch dann ist es der Wille des Staats, der das subjektive Recht verleiht. Denn dafs gewisse Thatsachen die Kraft haben, ein subjektives Recht hervorzubringen, beruht eben auf dem Willen des Staats, der ihnen diese Kraft durch seinen abstrakten Rechtssatz verliehen hat. Die unmittelbare Thätigkeit des Staats besteht also in der damaligen Schaffung des Rechtssatzes: streng genommen ist es ein ehemaliger, in der Rechtsordnung einst ausgedrückter Wille, der jetzt, vielleicht lange Zeit später, das konkrete subjektive Recht schafft. Aber weil dieser Wille für die Zukunft allgemein wirken wollte und von dem Staate durch einen neuen Willensakt immer zurückgenommen werden kann, nennt man die Rechtsordnung des Staats nicht einen vergangenen, sondern einen gegenwärtigen, aufrechterhaltenen Willen, in demselben Sinne, wie die Römer von einem durare oportet voluntatem sprechen.

Aber auch dies ist noch zu eng. Rechtsordnung des Staats ist nicht nur die, welche er selbst geschaffen, sondern auch die, welche er in einem neuerworbenen Gebiet vorgefunden und beibehalten hat. Wenn der Rechtssatz gilt, dafs bei Neuerwerb eines Landesteils die bisher dort geltende Rechtsordnung aufrecht erhalten bleibt, so ist das doch nur eine Auslegung des staatlichen Willens: von dem Augenblick der Herrschaft des neuen Staats ab gilt das alte Recht nicht mehr kraft des Willens des alten Staats, sondern kraft des Willens des neuen, und ist also nunmehr ebenfalls Wille des neuen Staats; es liegt eine — vielleicht stillschweigende — Erneuerung des Gesetzesbefehls für einen von dem anderen Staat geschaffenen Gesetzesinhalt vor.

Die hier vertretene Auffassung, dafs das subjektive Privatrecht erst auf Grund des Daseins einer Rechtsordnung selbst dasein könne, ist aber bestritten. Da diese Frage für den Fortgang der Untersuchung von Wichtigkeit ist, mufs näher auf sie eingegangen werden. Ich greife die Äufserung eines bedeutenden Schriftstellers heraus. „Rechte im subjektiven Sinne", so sagt er[14], „bestanden

[14] Dernburg, Pandekten (4 A.) § 39; gegen ihn auch Heilborn, System des Völkerrechts S. 24 fg., Gierke, Deutsches Privatrecht I S. 252³. Dort auch (Note 2 u. 3) weitere Litteratur.

geschichtlich lange, ehe sich eine selbstbewufste staatliche Ordnung ausbildete. Sie gründeten sich in der Persönlichkeit der Einzelnen und in der Achtung, welche sie für ihre Person und ihre Güter zu erringen und zu erzwingen wufsten. Erst durch Abstraktion mufste man allmählich aus der Anschauung der vorhandenen subjektiven Rechte den Begriff der Rechtsordnung gewinnen. Es ist daher eine ungeschichtliche und eine unrichtige Anschauung, dafs die Rechte im subjektiven Sinn nichts seien als Ausflüsse des Rechts im objektiven Sinn. Die Rechtsordnung gewährleistet und modelt die Rechte im subjektiven Sinn, aber sie ist nicht ihr Schöpfer." Hierin scheinen mir wenn nicht Verwechslungen zu liegen, so doch Anlässe zu solchen gegeben zu sein. Selbst wenn diese Anschauung historisch richtig sein sollte, so würde das doch nicht beweisen, dafs das Verhältnis auch heute noch thatsächlich das gleiche sei, was auch schwerlich gemeint ist, noch weniger, dafs wir das logische Verhältnis zwischen den Begriffen, durch welche wir heute die Erscheinungen der subjektiven Rechte und der objektiven Rechtsordnung erfassen, in gleicher Weise bestimmen müfsten. Es wird sich also zunächst für uns nur fragen, ob jene Anschauung das thatsächliche Verhältnis zwischen objektivem Recht und Rechtssatz für die älteren Perioden der Rechtsbildung zutreffend widerspiegelt. Für diese mag nun zugegeben werden, dafs objektives und subjektives Recht in ihrer thatsächlichen Bildung und in den Vorstellungen über sie garnicht oder doch weniger als heute differenziert sein mögen. Das Gewohnheitsrecht, die damals reichere Art des Rechts, bildet sich ohnehin durch die Übung, die Übung eines privatrechtlichen Satzes aber kann letzthin nur in der Anerkennung subjektiver Privatrechte bestehen. Und auch für das Gesetzesrecht mag dies zutreffen: es ist denkbar, dafs sich das Gesetzesrecht in der Schaffung einzelner konkreter Rechtsstellungen erschöpft. Damit ist aber offenbar die zeitliche Priorität des Daseins der subjektiven Rechte nicht bewiesen, sondern höchstens ihre Gleichzeitigkeit mit dem objektiven Recht.

Denkt man bei jener Behauptung der Priorität des subjektiven Rechts vor dem objektiven an ältere Zustände als sie einer wirklich historischen Erkenntnis zugänglich sind, an Zustände vor dem Entstehen einer „selbstbewufsten staatlichen Ordnung", so hat man nur die Wahl: entweder verweigert man der Ordnung, die doch auch damals in dem Zusammensein der Menschen irgendwie geherrscht hat, den Namen einer Rechtsordnung, weil in ihr die Normen des Rechts, der Sitte und der Sittlichkeit noch ungetrennt

zusammenlagen — dann darf man die von dieser Ordnung getragenen Machtstellungen Einzelner auch nicht subjektive Rechte nennen; oder man nennt diese Machtstellungen subjektive Rechte — dann ist auch jene Ordnung als objektives Recht zu bezeichnen, und es gilt ganz das vorher über das Verhältnis von objektivem und subjektivem Recht Gesagte[15]. Konstruiert man endlich noch frühere Zustände, in denen jegliche Ordnung des Gemeinschaftslebens als eine den Einzelnen motivierende Macht gefehlt habe, so mögen zwar thatsächlich aufrecht erhaltene Machtstellungen Einzelner vorhanden gewesen sein, sie aber subjektive Rechte zu nennen, heifst diesen Namen willkürlich auf Erscheinungen anwenden, die mit dem, was wir heute subjektives Recht nennen, wenig gemeinsam haben.

Ist demnach eine Priorität des subjektiven Rechts vor dem objektiven weder historisch noch prähistorisch erweislich, so zeigt die heutige Rechtsbildung ausgesprochen das Gegenteil. Unser Gesetzesrecht ist zumeist abstrakt, d. h. es ordnet für den Fall des künftigen möglichen Eintretens gewisser Thatbestände den Erwerb oder Verlust subjektiver Privatrechte an: demnach ist der Rechtssatz früher da als das subjektive Recht; nur insofern, als eine Anordnung über subjektive Rechte den einzigen möglichen Inhalt des objektiven Rechts bildet, würde es auch heute noch angängig sein, objektives und subjektives Recht als „zwei Seiten derselben Gesamterscheinung" zu bezeichnen[16]. Für die gewohnheitliche Rechtsbildung mag die Differenzierung nicht in derselben Stärke eingetreten sein, eben weil hier die Übung in der thatsächlichen Anerkennung subjektiver Privatrechte besteht; trotzdem kann in der Übung sehr wohl die Vorstellung eines abstrakten Rechtssatzes, der befolgt werden müsse, wirksam sein, ja man wird das für unsere Zeit vielleicht sogar als die Regel ansehen dürfen.

Für alle Fälle ist das logische Verhältnis zwischen objektivem und subjektivem Recht immer so zu bestimmen, dafs dem ersteren die logische Priorität zukommt. Die Thatsache, dafs beide Begriffe nicht von einander getrennt werden dürfen, dafs das objektive Recht nicht gedacht werden darf ohne seinen Inhalt, der sich auf subjektive Rechte bezieht, und das subjektive Recht nicht ohne das objektive Recht als seine Quelle, spricht gegen jenes logische Verhältnis nicht. Es ist wohl möglich, objektives Recht ohne Bezug-

[15] Vgl. Zitelmann, Gewohnheitsrecht, Archiv f. d. civ. Pr. 66 S. 431—36.
[16] mit Gierke a. a. O. S. 251.

nahme auf das subjektive Recht zu definieren, das Umgekehrte ist unmöglich.

Von dem historischen Verhältnis, in dem die Thatsachen, und dem logischen, in dem die Begriffe zu einander stehen, durchaus getrennt zu halten ist das historische Verhältnis zwischen den Thatsachen und der Schaffung der abstrakten Begriffe von ihnen. Der Begriff ist später als die Sache; dafs „der Begriff der Rechtsordnung erst allmählich aus der Anschauung der vorhandenen subjektiven Rechte gewonnen“ ist, wie es in der besprochenen Äufserung heifst, kann richtig sein, macht aber für das zeitliche Verhältnis der Thatsachen natürlich nichts aus. Beschränkt man übrigens die Vergleichung auf das Gleichartige, vergleicht man also die Schaffung des abstrakten Begriffs der Rechtsordnung mit der des abstrakten Begriffs des subjektiven Rechts, so stellt sich dieser keineswegs allgemein als der ältere heraus; es darf hier überhaupt nicht einheitlich geurteilt werden. Das Strafrecht beispielsweise ist längst als Rechtsordnung erkannt gewesen, ehe der Begriff eines subjektiven Strafrechts wissenschaftlich geschaffen worden ist, und im Gebiet des sonstigen öffentlichen Rechts steht es in nicht geringem Umfang ebenso.

Noch wieder etwas Anderes — und damit kommen wir auf den richtigen Kern der besprochenen Äufserung — ist endlich das Verhältnis zwischen der Form des subjektiven Rechts und seinem Stoff, diese Begriffe in dem sogleich zu bestimmenden Sinne genommen. Die prähistorische Konstruktion mag berechtigt sein, dafs die Empfindung und Vorstellung einer zu Recht bestehenden Ordnung sich entwickelt hat auf Grund des längeren Daseins thatsächlicher Machtstellungen Einzelner; auch heute noch entsteht öffentliches Recht auf diese Weise. Darum ist aber die Machtstellung an sich noch kein subjektives Recht, sondern bildet immer nur die Grundlage oder — man darf den Ausdruck nicht mifsverstehen wollen — den Stoff eines solchen [17]. Das subjektive Recht selbst entsteht immer erst mit der Rechtsordnung. Ebenso wäre es auch für die heutige Zeit abstrakter Gesetzgebung, wie schon oben S. 51 fg. angedeutet wurde, sicherlich eine mehr als unerlaubte Auffassung, wollte man meinen, der Gesetzgeber schüfe die subjektiven Rechte in freier Erfindung, aus dem Blauen heraus. Davon darf natürlich keine Rede sein. Überall giebt er mit seiner rechtlichen Ordnung nur gewissen Interessen, die er gemäfs seiner Beobachtung als durch-

[17] Vgl. Zitelmann a. a. O. S. 460.

schnittlich vorhanden ansieht und unter gewissen Bedingungen als schutzwürdig anerkennt, für den Fall des Eintretens dieser Bedingungen seine rechtliche Schutzverheifsung; er schafft diese Interessen nicht, aber er thut das hinzu, was allein erlaubt, von subjektiven Rechten zu sprechen. Aus den erörterten Gründen scheint mir auch die etwas anders gewendete Frage, ob der Staat die rechtliche „Freiheit des Individuums" erst schafft oder blofs anerkennt, keiner weiteren Behandlung bedürftig: zu einer rechtlichen Freiheit kann die Freiheit des Individuums immer erst durch die Rechtsordnung und nur durch sie werden[18].

2) Wenn ein Staat ein subjektives Privatrecht verleiht — und was von der Verleihung gilt, das gilt auch von der Entziehung —, so liegt darin immer die thatsächliche Ausübung und darum Inanspruchnahme einer staatlichen Rechtsmacht. Das ist ja zunächst kaum mehr als eine Tautologie. Denn wenn der Staat Rechte verleiht und entzieht, so will er eine Wirkung auf dem Gebiete des Rechts herbeiführen: kann er das, so hat er eben eine Macht dazu, und zwar, da die Wirkung auf dem Gebiete des Rechts liegt, eine Macht rechtlicher Art; also ist jede Anordnung von Privatrechtswirkungen überhaupt nur dann sinnvoll, wenn der Staat die rechtliche Macht sie herbeizuführen, eine Gesetzgebungsmacht also auf dem Gebiet des Privatrechts, in Anspruch nimmt. Und zwar nimmt der Staat dabei nicht nur in Anspruch, dafs er überhaupt das für die Schaffung der abstrakten Privatrechtsordnung berechtigte Subjekt sei, sondern er nimmt auch staatliche Herrschaft über das in Anspruch, worüber er durch Schaffung eines subjektiven Privatrechts Macht verleihen will. Dafs ein jeder Gesetzgebungsakt Ausübung eines in Anspruch genommenen staatlichen Rechts, eben der Gesetzgebungsmacht überhaupt, ist, liegt auf der Hand; weniger ist man vielleicht daran gewöhnt, die Privatrechtsgesetzgebung unter dem Gesichtspunkt der Ausübung einer staatlichen Herrschaft gerade über das, worüber das subjektive Recht Macht gewähren soll, aufzufassen. Und dennoch ist dieser Gesichtspunkt schlechthin zutreffend.

Die Thätigkeit des Staats, welche wir als Ausübung seiner Herrschaft bezeichnen dürfen, ist zunächst Thätigkeit im konkreten Fall. Als solche ist sie entweder direkte Machtausübung, ge-

[18] Vgl. Jellinek, Die Erklärung der Menschen- und Bürgerrechte S. 51 ff., besonders S. 53 zu N. 1. Es ist lehrreich zu sehen, wie die entgegenstehenden Auffassungen sich gegenseitig den Vorwurf machen — als ein Vorwurf gilt das ja heute noch — „naturrechtlich" zu sein; vgl. Jellinek a. a. O. mit Tezner a. a. O. S. 109, 136.

schehend natürlich durch Handlungen von Organen: der Staat bewirkt hier das, was er herbeigeführt sehen will, durch unmittelbare eigne Thätigkeit (Thätigkeit seiner Organe); oder, sofern es sich um Macht in Bezug auf willensfähige Personen handelt, der Staat wirkt in dem konkreten Fall durch Befehle (Gebote oder Verbote), die er an die Personen, sei es an eine einzelne, sei es an alle, richtet, auf diese Personen ein, sich so zu verhalten, wie es seinen Zwecken gemäfs ist. Natürlich hat dieser Befehl seinen Nachdruck dadurch, dafs hinter ihm die Möglichkeit unmittelbarer Machtausübung gegen die Person steht, aber immerhin liegt schon in dem konkret gegebenen Befehl selbst die thatsächliche Inanspruchnahme einer Herrschaft über die Person, eine thatsächliche Herrschaftsausübung. Das Befehlen ist eine Form der Ausübung von Herrschaft über die Person.

Der Staat kann aber auch schon vor dem konkreten Fall durch allgemeine (abstrakte) Anordnungen Fürsorge für künftige Fälle treffen. Und das kann, gerade wie die Herrschaftsausübung im konkreten Fall, wiederum in zweierlei Weise geschehen: er bestimmt im Voraus, dafs er in dem künftigen Fall, sobald er eintreten werde, eine bestimmte faktische Machtausübungshandlung vornehmen werde oder vorzunehmen sich vorbehalte; ebenso aber kann er auch, soweit es sich um Herrschaft über willensfähige Personen handelt, diesen abstrakte Befehle (Gebote oder Verbote) für den künftigen möglichen Fall erteilen. Es scheint mir keinem begründeten Zweifel zu unterliegen, dafs diese abstrakte Willenserklärung über künftige unmittelbare Machtausübung und ebenso dieses abstrakte Befehlen selbst bereits thatsächliche Inanspruchnahme einer Herrschaft ist. Ist der Befehl für jetzt ein Herrschaftsakt, so mufs es der Befehl für künftig ebenso sein. Soll ja doch oft genug diese Vorauserklärung des Staats auch sofortige Wirkungen haben, nämlich die Wirkung, die Menschen zu einem bestimmten Verhalten zu motivieren; die Herrschaftsausübung liegt mithin nicht erst in der letztlich zu erwartenden körperlichen Zwangshandlung.

Mag es sich nun um Machtausübung durch unmittelbare Handlungen oder Befehle im konkreten Fall oder durch Gesetzgebung für künftige mögliche Fälle handeln: beide Male ist noch eine weitere Bildung möglich. Wie der Staat seine Herrschaft dadurch ausüben kann, dafs er selbst Handlungen vornimmt oder aktuelle Befehle giebt, oder dafs er über diese seine Thätigkeit im voraus bestimmt, so kann er auch die unmittelbare Machthandlung oder den

Befehl einem Privaten zur Verfügung einräumen, mit anderen Worten: er kann dem Privaten erlauben jene unmittelbaren Machthandlungen vorzunehmen, oder er kann dem Privaten eine Befehlsmacht über den Einzelnen einräumen, sei es im konkreten Fall, sei es, was hier besonders interessiert, für mögliche Fälle im voraus. Der Charakter einer Herrschaftsausübung wird dadurch nicht berührt, dafs der Staat die Machthandlung nicht selbst vornimmt oder vornehmen zu wollen erklärt, sondern sie einem andern vorzunehmen erlaubt, oder dafs er seine konkreten oder abstrakten Befehle nicht schlechthin giebt, sondern ihre Kraft vom Willen eines anderen abhängig macht. Das heifst also schliefslich: jede abstrakte Einräumung eines subjektiven Privatrechts durch die Gesetzgebung ist Ausübung einer beanspruchten thatsächlichen Herrschaft über das, worüber das subjektive Privatrecht Macht erteilen will. Dafs hingegen mit der Verleihung eines Rechts nicht auch zugleich eine Macht über den in Anspruch genommen wird, dem das Recht verliehen werden soll, liegt auf der Hand. Soll ja doch seine Lage blofs verbessert werden; es steht ihm fortgesetzt frei, von der verliehenen Macht keinen Gebrauch zu machen.

Ebenso ist aber auch die Anordnung, dafs ein subjektives Recht erlöschen solle, Ausübung einer staatlichen Herrschaft, und zwar wiederum einer staatlichen Herrschaft nicht etwa über den Berechtigten, dem das Recht entzogen werden soll, sondern über das, worüber das subjektive Recht Macht gewährt. Man überzeugt sich davon, wenn man nur bedenkt, dafs in jeder Entziehung eines Rechts die Zurücknahme eines Befehls oder einer Erlaubnis liegt. Nur wenn der Staat die rechtliche Macht in Anspruch nimmt, einen bestimmten Befehl, eine bestimmte Erlaubnis zu geben, kann er den einen wie die andere auch zurücknehmen wollen. Wie hingegen in der Gewährung einer Rechtsmacht an einen Dritten keine Herrschaftsausübung über ihn liegt, so liegt sie natürlich auch in dem Nichtweitergewähren nicht.

3) Ist die vorstehende Überlegung richtig, so ergiebt sich mit Notwendigkeit weiter: der Staat kann nur dann Rechte verleihen und entziehen, d. h. die vom Staat ausgehende Verleihung und Entziehung eines Privatrechts hat den Erwerb oder Verlust dieses Privatrechts unserer Beurteilung nach nur dann zur Folge, wenn der Staat die Gesetzgebungsmacht auch wirklich von Rechts wegen hat. Ohne das sind blofs thatsächliche Befehle und Erlaubnisse des Staats vorhanden, subjektive Rechte aber nicht. Und zwar mufs er nicht blofs Gesetzgebungsmacht überhaupt haben, sondern auch

speciell die staatliche Herrschaft gerade über das, worüber das subjektive Recht Macht geben soll, wir sagen der Kürze halber: die inhaltlich entsprechende Rechtsmacht.

Von einer Rechtsmacht des Staates läfst sich nur sprechen, wenn wir die staatliche Thätigkeit an einer objektiven Rechtsordnung messen. Was ist das für eine Rechtsordnung? In erster Linie ist es die Rechtsordnung des Staates selbst. Sein Wille ist die Quelle seiner Rechtsmacht: das eben denken wir unter Souveränetät, dafs der Staat die Quelle seines eignen Rechts ist. Wir müssen also, wenn es sich um die Verleihung oder Entziehung eines subjektiven Rechts handelt, zunächst an der eignen Rechtsordnung des Staats prüfen, einmal ob er überhaupt die rechtliche Macht hat, ein Gesetz solchen abstrakten Inhalts zu geben, sodann aber auch, ob ihm die staatliche Herrschaft gerade über das zukommt, worüber das subjektive Recht Macht geben soll.

Dem Staat mufs überhaupt die Gesetzgebungsmacht zu einem Gesetz solchen abstrakten Inhalts zustehen. Die Gesetzgebungsmacht des Staats kann zunächst dadurch beschränkt sein, dafs Gliedstaaten oder sonstigen Rechtssubjekten innerhalb des Staates selbst ein Teil der Gesetzgebungsmacht, nicht abgeleitet von jenem Staat, sondern kraft eines historisch entwickelten eignen, von jenem aber anerkannten Rechts, ausschliefslich zusteht (s. oben S. 55). Sodann kann der Staat seine eigne Gesetzgebungsmacht durch ein von ihm selbst geschaffenes Gesetz an andere Rechtssubjekte, wie z. B. Gemeinden, übertragen haben. Endlich kann der Staat in seiner Verfassung dem Einzelnen ein Freiheitsgebiet geschaffen haben, in das er durch seine Gesetzgebung nicht eingreifen zu wollen erklärt hat. Alle diese Fälle gleichen sich nun freilich darin, dafs der Staat die von ihm selbst gezogene oder anerkannte Schranke seiner Gesetzgebungsmacht auch durch einen neuen Gesetzgebungsakt wieder forträumen kann — ein Rechtssatz, dafs eine künftige Änderung des beschränkenden Rechtssatzes unstatthaft sein soll, hat keine Kraft —; darum ist aber doch, solange der beschränkende Rechtssatz besteht, eine Beschränkung der Gesetzgebungsmacht vorhanden. Ein näheres Interesse haben diese Fälle beschränkter Gesetzgebungsmacht für unsern Zweck nicht, sie dienen uns nur zur Analogie. Überall haben wir mit Rücksicht auf diese Beschränkungen zu beurteilen, ob ein Gesetz giltig sei oder nicht. Faktisches Erlassensein des Gesetzes und rechtliche Geltung in dem Sinne, dafs wir uns durch den Befehl verbunden, durch die Erlaubnis berechtigt fühlen, werden hier scharf unterschieden. Der ungiltige Befehl wird vielleicht befolgt, weil die

Staatsgewalt seine Befolgung zu erzwingen droht, aber das ändert an unserer Beurteilung des Befehls als eines rechtlich ungiltigen nichts: die durch den ungiltigen Befehl auferlegte Pflicht, das durch die ungiltige Erlaubnis geschaffene subjektive Recht werden, mögen sie auch thatsächlich aufrecht erhalten sein, doch rechtlich als nicht existierend angesehen.

Der Staat, der subjektive Privatrechte verleihen oder entziehen will, mufs sodann — und damit kommen wir wieder in unseren engeren Fragebereich — selbst staatliche Rechtsmacht über das haben, worüber das subjektive Recht Rechtsmacht gewähren soll (während es gleichgiltig bleibt, ob er auch die Person, die berechtigt werden soll oder berechtigt ist, rechtlich beherrscht). Liegt, wie gezeigt wurde, in jeder Verleihung und Entziehung eines subjektiven Rechts die thatsächliche Ausübung einer solchen inhaltlich entsprechenden staatlichen Macht, so kann auch das subjektive Recht nur bestehen, wenn die staatliche Rechtsmacht, als deren Ausübung seine Verleihung erscheint, wirklich existiert. Die Rechtsmacht des Einzelnen kann nur auf Grund der staatlichen Rechtsmacht bestehen. Dieser Satz enthält keine versteckte quaternio terminorum. Das Wort Rechtsmacht ist in ihm allerdings zweimal in verschiedenem Sinne genommen, das eine Mal als die eigentümlich geartete staatliche Macht, das andere Mal als privatrechtliche Macht des Einzelnen; beide sind sehr verschieden von einander, nichts wäre verkehrter, als die staatliche Herrschaft mit privatrechtlichem Inhalt denken zu wollen oder umgekehrt. Indes diese Doppeldeutigkeit des Begriffs der Rechtsmacht würde nur dann einen Fehler verursachen, wenn wir zum Beweise jenes Satzes etwa den allgemeinen Grundsatz heranziehen wollten, Niemand könne geben, was er nicht selbst habe. Dieser Satz aber kommt hier nicht in Betracht. Denn es handelt sich bei der Verleihung eines subjektiven Rechts jedenfalls nicht darum, dafs der Staat die Macht, die er hat, an einen Anderen so wie sie ist überträgt — er würde ja sonst seine eigne Macht verlieren —, sondern darum, dafs aus seiner Macht eine privatrechtliche Macht des Einzelnen abgeleitet wird: er behält seine Macht, auf Grund ihrer aber ist die des Einzelnen neu geschaffen; die subjektive Rechtsmacht des Einzelnen ist nicht die Rechtsmacht des Staates, aber sie ist nur auf Grund jener Rechtsmacht vorhanden. Daraus folgt denn nun: der Staat hat die rechtliche Macht zur Schaffung von Privatrechten nur, wenn er eine Rechtsmacht über das hat, worüber er durch die Schaffung des subjektiven Rechts Macht verleihen will. Die Macht, Rechte

zu verleihen, ist nur eine Seite oder ein Ausflufs seiner Rechtsmacht über das, worüber das subjektive Recht Macht gewährt. Er kann also die rechtliche Macht, einen Anderen zu einer bestimmten Leistung zu zwingen, nur dann erteilen, wenn ihm selbst die rechtliche Macht, die Leistung von dem Anderen zu erzwingen, zukommt; und ebenso mufs er, um Rechtsmacht über einen Handlungsinhalt zu gewähren, selbst diesen Handlungsinhalt in gleichem Sinne beherrschen, er mufs insbesondere auch Verbotsgewalt gegenüber der unbestimmten Vielheit anderer Personen haben, an welche die Störungsverbote ergehen. Und was von der Schaffung von Privatrechten gilt, das gilt ebenso auch von ihrer Entziehung: auch ihrer Fortdauer nach beruht die Rechtsmacht des Einzelnen auf der inhaltlich entsprechenden Rechtsmacht des Staats, während eine Herrschaft über den Berechtigten nicht vorhanden zu sein braucht.

Wiederum ist nun zunächst ausschliefslich an der eignen Rechtsordnung des Staats zu prüfen, ob er rechtliche Herrschaft über das hat, worüber das subjektive Recht Macht geben soll. Und in dieser Beziehung beschränkt jeder Staat sich selbst; das ist eine in seinem geschichtlichen Wesen begründete Notwendigkeit: kein Staat will unbeschränkt die ganze Welt beherrschen. Sein eigner staatsrechtlicher Wille setzt in erster Linie diese Schranken und würde sie setzen, selbst wenn keine anderen als gleichberechtigt von ihm anerkannten Staaten neben ihm vorhanden wären. Steckt er sich nun im allgemeinen das Gebiet seiner staatsrechtlichen Herrschaft ab, so mufs er sich auch, um diese Grundlage nicht selbst wieder aufzuheben, bei der Verleihung von Privatrechten innerhalb der Grenzen seiner staatsrechtlichen Herrschaft halten. Überschreitet er diese, so ist nur zweierlei möglich. Entweder er thut das wissentlich: dann ändert er bewufst jene Grundlage ab und erweitert seine staatsrechtliche Herrschaft; oder er irrt, er erkennt nicht den Zusammenhang der Verleihung jenes subjektiven Rechts mit seiner staatsrechtlichen Herrschaft: dann liegt ein Widerspruch innerhalb seiner Rechtsordnung vor. In beiden Fällen ist freilich das Organ des Staats, das über das Bestehen oder Nichtbestehen des subjektiven Rechts zu urteilen berufen ist, an die eigne Rechtsordnung seines Staats gebunden und mufs — selbst im Fall des Widerspruchs der besonderen mit der allgemeinen Bestimmung — die besondere vorgehen lassen, d. h. es mufs jedes vom Staat verliehene Recht als bestehend behandeln, selbst wenn der Staat mit der Verleihung dieses Rechts ohne es zu wissen über den Kreis seiner allgemein staatsrechtlich abgesteckten Herrschaft hinausgreift.

3. Das subjektive Privatrecht und die völkerrechtliche Anerkennung.

Die rechtliche Macht des Staats kann aber auch an einer anderen Rechtsordnung gemessen werden als seiner eignen: der Staat steht in der völkerrechtlichen Staatengemeinschaft, das Maſs seiner Rechtsmacht bestimmt sich nicht allein durch seinen Willen, sondern auch durch die Anerkennung der übrigen Staaten. Setzt nun die Anordnung von Privatrechtswirkungen (Verleihung oder Entziehung subjektiver Privatrechte) zu ihrer Giltigkeit die Gesetzgebungsmacht des verleihenden Staats voraus, so folgt: diese Gesetzgebungsmacht des Staats muſs eine völkerrechtlich anerkannte sein, damit die Verleihung und Entziehung der aus ihr abgeleiteten subjektiven Privatrechte ihrerseits völkerrechtlich als rechtsgiltig anerkannt werde.

Diese Anerkennung der von dem einen Staat verliehenen subjektiven Rechte (um der Einfachheit halber nur von der Verleihung von Rechten zu sprechen) durch die anderen Staaten ist nun eine praktische Notwendigkeit. Freilich, solange die durch Verleihung des subjektiven Rechts geschaffenen Beziehungen ausschlieſslich innerhalb der eignen thatsächlichen Machtsphäre des verleihenden Staats liegen und auch ausschlieſslich hier zum vollen thatsächlichen Austrag kommen, genügt es für die unmittelbaren praktischen Zwecke allerdings, daſs nur dieser Staat selbst sich die Herrschaft beilegt; hier könnte höchstens noch in Frage kommen, ob die Anordnungen des Staats nicht, wenn sie in das Interessengebiet anderer Staaten eingreifen, bei diesen Repressalien hervorrufen. Anders aber wird die ganze Sachlage, sobald der Staat Rechtsbeziehungen setzen will, deren Verwirklichung nicht in seine thatsächliche Herrschaftssphäre allein fallen würde: die rechtliche Herrschaft, die der eine Staat ausüben will, bedarf dann der Anerkennung der anderen Staaten. So steht es aber gerade auf dem gesamten Gebiet des Privatrechts. Wenigstens muſs hier mit dieser Möglichkeit fortdauernd gerechnet werden. Selbst wenn der Staat den publizistischen Rechtsanspruch auf prozessualen Schutz nur bei denjenigen subjektiven Privatrechten zu gewähren wollte, die im konkreten Falle durch seine eigne materielle Rechtsordnung verliehen sein würden, in dem Sinne, daſs er von dieser Vorfrage die Zuständigkeit seiner Gerichte zur Entscheidung der Streitsache abhängig machte, würde er doch für die Vollstreckung der Urteile seiner Gerichte in unzähligen Fällen auf die Hilfe fremder Staaten angewiesen sein. In der That existiert aber

jene enge Beschränkung, wie jeder Blick in eine Prozefsordnung lehrt, nur in verhältnismäfsig geringem Mafs (z. B. in Bezug auf Grundstücksrechte), und selbst wenn sie existiert, bezieht sie sich doch immer nur darauf, dafs der eigentliche Hauptgegenstand des Streits den Gerichtsstand bestimmt; so und so oft aber mufs über das Dasein oder Dagewesensein eines Rechts, für das ein ausschliefslicher Gerichtsstand besteht, auch in anderen Prozessen als über eine Vorfrage entschieden werden. Mit anderen Worten: jeder Staat kommt in die Lage, Prozefs und Urteil gewähren zu müssen, auch wenn der Rechtsstreit sich um subjektive Privatrechte dreht, die, wenn sie überhaupt bestehen, jedenfalls von der Rechtsordnung eines anderen Staats verliehen sind. Ja sogar umgekehrt: der Staat, der vielleicht allein in der thatsächlichen Lage ist, den zur Verwirklichung des subjektiven Privatrechts nötigen Zwang anzuwenden, macht bekanntlich nicht selten das Eintreten dieses unmittelbaren Zwanges davon abhängig, dafs auch sein eignes Gericht das Urteil gesprochen habe; folgeweise läfst er dann für die Möglichkeit dieses Prozesses die Frage, welcher Staat das geltend gemachte subjektive Privatrecht verliehen habe, gleichgiltig sein.

Ist demnach bei jedem subjektiven Privatrecht mit der Möglichkeit zu rechnen, dafs auch andere Staaten bei seiner praktischen Verwirklichung über sein Bestehen urteilen, so folgt daraus: das subjektive Recht mufs, um vollwirksam zu sein, auch von den anderen Staaten als bestehend anerkannt sein. Da nun nach der früheren Auseinandersetzung die giltige Existenz des subjektiven Rechts auf der Gesetzgebungsmacht des Staats beruht, so ergiebt sich der an die Spitze gestellte Satz: damit das vom Staat verliehene subjektive Privatrecht Anspruch auf volle Wirksamkeit habe, mufs die Gesetzgebungsmacht des Staats, der es verliehen hat, völkerrechtlich anerkannt sein. Ist sie das, so mufs das subjektive Recht nach völkerrechtlichen Grundsätzen auch von jedem fremden Staat als vorhanden angesehen werden, andernfalls nicht. Das bedeutet erstens: der Staat mufs überhaupt als Staat von den anderen Staaten anerkannt sein. Mit dieser Anerkennung ist zugleich die Anerkennung der Gesetzgebungsmacht des Staats überhaupt, also für jeden möglichen abstrakten Inhalt, gegeben; sie ist ein untrennbares Attribut der Souveränetät. Vom Standpunkt des Völkerrechts aus hat also die Verfassung jedes Staats selbst und ausschliefslich über die Abgrenzung der Gesetzgebungsmacht nach innen (in dem oben S. 63 entwickelten Sinn) zu bestimmen. Dies braucht mithin nicht weiter in Betracht gezogen zu werden. Die Gesetzgebung hat

zweitens, wie gezeigt wurde, zu ihrer Voraussetzung eine inhaltlich entsprechende Rechtsmacht des Staats, d. h. eine Rechtsmacht, die der Staat sich über das beilegt, worüber das subjektive Recht Macht gewähren soll. Es genügt nun nicht, dafs der Staat, der ein subjektives Recht verleihen oder entziehen will, sich nur gerade selbst die inhaltlich entsprechende Rechtsmacht beilegt; vielmehr mufs auch diese inhaltlich entsprechende Rechtsmacht des Staats völkerrechtlich anerkannt sein, damit die Privatrechtsanordnung völkerrechtlich anerkannt werde. Und gerade in dieser Beziehung sind der Herrschaft jedes einzelnen Staats durch die Konkurrenz der anderen Staaten Grenzen gezogen.

Denkbar ist nun, dafs einem Staat, sei es durch völkerrechtliche Verträge, sei es durch einen besonderen völkerrechtlichen Satz, gerade nur die Privatrechts-Gesetzgebungsgewalt dieses bestimmten Inhalts auch aufserhalb seines im übrigen begrenzten Herrschaftsbereichs eingeräumt sei. Sehen wir von dieser Möglichkeit, auf die später zurückgekommen wird, ab, so ergiebt sich: die Privatrechts-Gesetzgebungsmacht ist, wie früher dargelegt, eine Seite oder ein Ausflufs der allgemeinen staatlichen Macht über das, worüber das subjektive Recht Macht gewähren soll; dieselben Grundsätze also, welche für die staatliche Herrschaftsabgrenzung überhaupt völkerrechtlich mafsgebend sind, müssen insbesondere auch für die Herrschaftsabgrenzung in Bezug auf die Gesetzgebungsmacht in privatrechtlichen Dingen völkerrechtlich mafsgebend sein. Wir müssen demnach den Leitsatz aufstellen: *nur der Staat kann mit begründetem Anspruch auf internationale Anerkennung subjektive Privatrechte verleihen, dem die völkerrechtlich anerkannte allgemeine staatliche Macht über das zukommt, worüber das subjektive Privatrecht Macht gewähren soll; und ebenso kann nur dieser Staat ein solches Privatrecht wieder entziehen.*

Im einzelnen bedeutet das: nur der Staat kann wirksame Leistungsbefehle erteilen, der eine völkerrechtlich anerkannte staatliche Macht über den Befehlsempfänger hat; nur der Staat kann wirksame Erlaubnisse geben, Macht über einen bestimmten Handlungsinhalt gewähren, der selbst eine völkerrechtlich anerkannte staatliche Macht entsprechenden Inhalts besitzt, der insbesondere auch Verbotsgewalt gegenüber der unbestimmten Vielheit anderer Personen hat, an welche die Störungsverbote ergehen. Die staatliche Rechtsmacht ist aber auch ihrer Natur nach im wesentlichen immer ausschliefslich; sie wäre nicht Macht, wenn ein anderer

Staat seinerseits durch entgegengesetzte Machtäufserungen ihre Wirksamkeit paralysieren könnte. Von der rechtlichen Macht eines Staats, eine positive Leistung anzubefehlen, könnte man nicht sprechen, wenn ein anderer Staat dieselbe Leistung zu verbieten die rechtliche Macht hätte; eine Erlaubnisgewalt bezüglich eines bestimmten Handlungsinhalts wäre ebensowenig anzunehmen, wenn ein anderer Staat den völlig gleichen Handlungsinhalt seinerseits zu untersagen die rechtliche Macht hätte. Nur das ist denkbar, dafs zwei verschiedene Staaten gleichzeitig Befehlsgewalt in Bezug auf verschiedene einander nicht ausschliefsende Leistungen hätten, wie sie ja ebenso auch Erlaubnisgewalt bezüglich verschiedener sich einander nicht ausschliefsender wenn auch verwandter Handlungsinhalte haben könnten. Für genau eine und dieselbe Leistung, einen und denselben Handlungsinhalt hingegen mufs die Macht des Staats, aus der das subjektive Recht abgeleitet werden soll, eine ausschliefsliche, also auch eine völkerrechtlich als ausschliefslich anerkannte sein. Wollte ein Staat mithin Rechte verleihen (und analog steht es mit der Rechtsentziehung), während nicht ihm, sondern einem anderen Staat die völkerrechtlich anerkannte, inhaltlich entsprechende Befehls- und Erlaubnismacht zukommt, so wäre das, völkerrechtlich genommen, unwirksam, d. h. die anderen Staaten brauchten die Rechtsverleihung und Rechtsentziehung vom Standpunkt des Völkerrechts aus nicht als rechtsgiltig anzuerkennen. Und das wirkt naturgemäfs auch auf die Einzelnen zurück. Der Richter mufs zwar den von seinem eignen Staate gegebenen Rechtssatz, selbst wenn er ihn als völkerrechtlich unwirksam erkennt, bei seinen Entscheidungen als giltig ansehen — davon ist hier noch nicht zu reden; wenn aber der Staat einen Befehl an eine Person richtet, die seiner Befehlsgewalt nicht unterworfen ist, so wird wenigstens dieser Befehlsempfänger selbst den Befehl nicht als verbindlich, nicht als zu Recht bestehend ansehen. Der Unterschied zwischen dem thatsächlichen und dem rechtlich giltigen Befehl, den wir früher auf dem inneren staatsrechtlichen Gebiet fanden, wird dann auch hier hervortreten. Der Befehl des Staates an jemand, über den er keine Befehlsgewalt hat, wird ebensowenig als verbindlich angesehen werden können, wie der Befehl irgend einer beliebigen Privatperson. Und daran ändert es nichts, dafs der Befehl vielleicht befolgt wird, weil der Staat mit Pressionsmitteln droht: entweder sofort — er ist in der Lage, bei Nichtbefolgung seines Befehls sofort ein Interesse des Befehlsempfängers zu schädigen, oder später einmal — er erklärt die Nichtbefolgung seines

Befehls ahnden zu wollen, sobald der Zuwiderhandelnde in seinen Machtbereich komme. Auch der einzelne Mensch, der einem anderen, ohne Befehlsgewalt über ihn zu haben, einen Befehl giebt, kann die Befolgung des Befehls in gleicher Weise erzielen; an dem Urteil, dafs sein Befehl ein rechtlich unverbindlicher sei, ändert das nichts.

Eben wegen der Ausschliefslichkeit der staatlichen Rechtsmacht hat aber die Anerkennung der Rechtsmacht des einen Staats durch die anderen Staaten nicht blofs den positiven Sinn: die Machtäufserungen dieses Staats in diesem bestimmten sachlichen Bereich werden als zu Recht geschehen angesehen, sondern zugleich auch den negativen: jeder Staat ist verpflichtet, sich selbst jedes Eingriffs in den völkerrechtlich abgegrenzten Machtbereich des anderen Staats zu enthalten. Nicht blofs kann also, völkerrechtlich genommen, ein Staat nicht, sondern er darf auch nicht privatrechtliche Befehlsgewalt über Personen ausüben, die nicht seiner, sondern der Herrschaft eines anderen Staats unterstehen, oder privatrechtliche Macht über Handlungsinhalte erteilen, die wiederum nicht er, sondern ein anderer Staat nach Völkerrechtsgrundsätzen beherrscht; thut er das doch, so handelt er nicht blofs vom völkerrechtlichen Standpunkt aus rechtsunwirksam, sondern auch völkerrechtswidrig; seine Rechtsordnung steht dann nicht mehr in Einklang mit seinen völkerrechtlichen Pflichten.

Nicht hingegen ist — auch dies ist nur eine Fortführung eines schon oben ausgesprochenen Gedankens — zur völkerrechtlichen Wirksamkeit der Erteilung oder Entziehung eines Rechts auch völkerrechtlich anerkannte Herrschaft über den nötig, dem das Recht erteilt oder entzogen werden soll. Es ist sicherlich kein Eingriff in den Machtbereich eines fremden Staats, wenn denjenigen, über die dieser fremde Staat Befehlsgewalt hat, unser Staat Rechte erteilt. Der fremde Staat hat ja auch keinerlei Interesse daran, die Machteinräumung seitens unseres Staats nicht anzuerkennen. Denkbar ist allerdings, dafs er es doch thut; er könnte sagen: ich weise eine Berechtigung der von mir beherrschten Personen zurück, wenn nicht die von mir für notwendig gehaltenen Thatbestände vorliegen. Das würde nur die Bedeutung haben, dafs er damit dem Berechtigten, über den er ja Befehlsgewalt hat, verbietet, das ihm verliehene Recht auszuüben; ein solches Verbot und jene Machteinräumung sind aber nicht unverträglich miteinander: die Thatsache, dafs der Staat, der die Macht einräumen kann, sie eingeräumt hat, und die Vorstellung, dafs damit eine Macht auch

wirklich verliehen sei, wird doch aufkommen. Übrigens ist eine derartige Zurückweisung thatsächlich nirgends allgemein erfolgt; es bedürfte ganz besonderer positiver Willenserklärung des Staats, der den Berechtigten beherrscht, um sie anzunehmen.

Ebenso aber bedarf der Staat keiner irgendwie gearteten Macht über den Berechtigten, um ihm das verliehene Recht wieder zu entziehen, sofern er nur Macht über das hat, worüber das subjektive Recht Macht gewährte. Er nimmt ja mit einer solchen Entziehung eine Macht nicht über den Berechtigten, sondern nur über das subjektive Recht in Anspruch; wie allein dieser Staat dieses Recht verleihen kann, so besteht das Recht auch nur durch seinen Willen und hört also auf, wenn er es entzieht, gleichgiltig in welchem Verhältnis er zu dem bis dahin durch seinen Willen Berechtigten steht.

4. Das subjektive Privatrecht und das international-privatrechtliche Problem.

Das Ergebnis sämtlicher vorstehenden Erörterungen läfst sich in einer kurzen Schlufsreihe zusammenfassen:

> Subjektives Privatrecht ist durch das Gesetz des Staats verliehene rechtliche Macht.
>
> Nur der Staat kann rechtliche Macht verleihen, und ebenso verliehene wieder entziehen, der selbst rechtliche Macht über das hat, worüber er Macht verleihen oder entziehen will.
>
> Und diese rechtliche Macht des Staats mufs, um international wirksam zu sein, völkerrechtlich anerkannt sein.
>
> Also kann das Gesetz nur desjenigen Staats mit internationaler Wirksamkeit Rechte geben und nehmen (Rechtswirkungen eintreten lassen), der eine völkerrechtlich anerkannte Rechtsmacht entsprechenden Inhalts hat.

Von hier aus eröffnet sich nunmehr auch der Weg für die Lösung des Problems des internationalen Privatrechts. Wir stellten uns zur Aufgabe, einen internationalrechtlichen Grundsatz zu finden, der geeignet ist, in allen Staaten gleichmäfsig anerkannt zu werden, so dafs also jeder Staat für einen und denselben konkreten Fall die materiellen Rechtsgrundsätze gerade nur eines und desselben bestimmten Staates als mafsgebend ansieht und verwendet. Aus der allgemeinen völkerrechtlichen Herrschaftsabgrenzung zwischen den Staaten können wir nun auf dem Wege besonderer Schlufsfolgerung

die Abgrenzung der Gesetzgebungsgewalt der verschiedenen Staaten in privatrechtlichen Dingen ermitteln; wir können danach feststellen, wie weit jeder einzelne Staat subjektive Privatrechte verleihen und entziehen kann. Da aber jede staatliche Rechtsmacht, um wirklich Rechtsmacht zu sein, streng genommen ausschliefslich sein mufs, eine Macht zweier Staaten, die inhaltlich völlig die gleiche wäre, nicht denkbar ist, so kann es auch immer nur das Gesetz eines bestimmten Staates und keines anderen sein, das vom völkerrechtlichen Standpunkt aus diese bestimmte rechtliche Wirkung, den Erwerb oder Verlust eines subjektiven Privatrechts, eintreten lassen kann. Steht dies nun fest, so mufs auch die Frage, ob diese bestimmte rechtliche Wirkung eingetreten sei, vom völkerrechtlichen Standpunkt aus nach dem Gesetz nur gerade dieses Staates beurteilt werden. Das in der Fragestellung präcisierte Problem lautete aber dahin (S. 40): das Gesetz welches der mehreren Staaten ist bei der Beantwortung der Frage, ob diese bestimmte Rechtswirkung eingetreten sei, anzuwenden? Auf genau diese Frage ist mithin durch jenen Satz vom völkerrechtlichen Standpunkt aus die Antwort gefunden.

Die Antwort ist vom allgemein völkerrechtlichen Standpunkt aus gegeben. Was bedeutet das? welche Kraft hat sie demnach? welcher Wert kommt ihr zu?

Es bedeutet: Der Satz, dafs jedesmal das Gesetz desjenigen Staates anzuwenden sei, dem nach völkerrechtlichen Grundsätzen die inhaltlich entsprechende Rechtsmacht zukomme, ist selbst ein Satz des positiven Völkerrechts; denn er ist nur eine Besonderung des allgemeinen Satzes, durch den jedem Staat ein bestimmter Bereich staatlicher Herrschaft zugewiesen ist. Er ist nicht Völkerrecht in dem Sinne einer in der Wirklichkeit des Rechtslebens durchgeführten Ordnung; man hat aus der allgemeinen völkerrechtlichen Grundlage diese Schlufsfolgerung eben noch nicht gezogen, und da man den Zusammenhang des internationalrechtlichen Problems mit der allgemeinen völkerrechtlichen Herrschaftsabgrenzung nicht erkannt hat, hat man auch die oben gegebene Beantwortung des Problems, obwohl sie eine notwendige und unausweichliche Schlufsfolgerung ist, nicht als Völkerrecht anerkannt. Es giebt auf diesem Gebiet überhaupt noch keine Sätze, die als völkerrechtlich verbindlich allgemein anerkannt wären. Da indes mit jedem Rechtssatz auch seine Folgerungen als Recht gelten müssen, wenn ihnen diese Kraft nicht durch einen entgegenstehenden Rechtssatz besonders entzogen ist, so hat auch das aufgestellte Princip vollen

Anspruch darauf, als schon geltendes Völkerrecht behandelt zu werden.

Daraus ergiebt sich aber auch seine Kraft. Das Princip gilt auch in seiner Eigenschaft als Völkerrecht nur im Zweifel. Das heifst erstens: es gilt nur, wenn nicht ein allgemein völkerrechtlich anerkannter Satz nachweisbar ist, der gerade in der Anwendung auf das internationale Privatrecht etwas Besonderes, aus der allgemeinen völkerrechtlichen Grundlage nicht Ableitbares bestimmt. Und das heifst ferner: es gilt nur, wenn nicht zwischen den beteiligten Staaten durch konkrete Thatbestände, insbesondere durch Verträge, die Herrschaftsgrenzen, sei es überhaupt, sei es nur in Rücksicht auf das internationale Privatrecht, anders geordnet sind: nur wenn solche abweichende Sätze oder Ordnungen fehlen, kommen die Folgerungen aus der allgemeinen völkerrechtlichen Grundlage rein zur Hebung. Das internationale Privatrecht mithin, das durch Folgerungen aus der allgemeinen völkerrechtlichen Grundlage entwickelt werden kann, ist zwar völkerrechtlich allgemeingiltig, aber diese Allgemeingiltigkeit ist auch völkerrechtlich nur eine subsidiäre. Von jenen besonderen Abweichungen wird im Kapitel II gesprochen werden; die folgenden Ausführungen beziehen sich nur auf das grundsatzgemäfse, d. h. aus der allgemeinen völkerrechtlichen Grundlage ableitbare, also das im Zweifel geltende Recht. Unter dieser Beschränkung wollen sie verstanden sein.

Das Princip nebst allen seinen Folgerungen ist sodann eben nur Völkerrecht und nichts weiter. Es ist also nur ein zwischen den Staaten bestehender Rechtssatz, das will sagen, es bindet und berechtigt die einzelnen Staaten im Verhältnis zu einander, es verpflichtet sie auch, ihm entsprechende Rechtssätze innerhalb des einzelnen Staats einzuführen, es gilt aber wie alles Völkerrecht von selbst noch nicht innerhalb des einzelnen Staats, es bindet also vor allem nicht unmittelbar auch den Richter des einzelnen Staats. Diese Kraft kann vielmehr nur ein innerhalb dieses einzelnen Staats geltendes Recht haben, ein Recht also, das einer Rechtsquelle entstammt, welche der einzelne Staat selbst als unmittelbar für die ihm unterworfenen Personen wirksam anerkennt. Es giebt demnach zwei Arten von Rechtssätzen, für die beide der Name „Internationales Privatrecht“ in Anspruch genommen werden darf: einmal denjenigen Teil des Völkerrechts, welcher die Grenzen der einzelnen staatlichen Gesetzgebungsgewalten, soweit diese Gesetzgebungsgewalt sich auf das Privatrecht bezieht, im Verhältnis zu einander festsetzt: völkerrechtliches oder überstaatlich

geltendes International-Privatrecht; sodann diejenigen innerhalb eines bestimmten Staats geltenden Rechtssätze, durch welche der Staat seinen Richtern und weiter allen mit der Entscheidung eines Rechtsfalls von ihm betrauten Personen die Anwendung einer bestimmten Rechtsordnung befiehlt: innerstaatlich geltendes International-Privatrecht. Blofs an dieses innerhalb seines Staats geltende Recht ist der Richter des einzelnen Staats gebunden: er hat in jedem einzelnen Fall immer nur diejenigen Rechtssätze anzuwenden, welche ihm das innerhalb seines Staats geltende Recht anzuwenden befiehlt, und niemals andere. Nur von dem völkerrechtlichen International-Privatrecht handelt dies erste Buch; das innerstaatlich geltende International-Privatrecht wird erst später (Buch II) zur Erörterung gelangen. Indes hat das überstaatliche International-Privatrecht eine aufserordentlich wichtige Bedeutung auch für das innerstaatliche; es wird sachdienlich sein, diese Bedeutung bereits hier vorgreifend zu besprechen; tritt doch auch das Wesen des überstaatlichen internationalen Privatrechts erst durch seinen Gegensatz gegen das innerstaatliche klar hervor.

Der Richter hat, so hiefs es, bei der Entscheidung eines Rechtsfalls ausschliefslich die in seinem eignen Staat geltenden Anwendungsregeln zu befolgen. In erster Linie mufs er zusehen, ob nicht vielleicht Rechtssätze in seinem Staat existieren, vor allem also (aber nicht ausschliefslich) Gesetzes- oder Gewohnheitsrechtssätze, welche ihm unmittelbar die Anwendung dieses oder jenes bestimmten Rechts vorschreiben. Derartige Rechtssätze werden im folgenden, gleichgiltig ob sie den völkerrechtlichen Anforderungen inhaltlich entsprechen oder ihnen widersprechen, um eine kurze Bezeichnung zu haben, Kollisionsnormen genannt[19]. An diese Kollisionsnormen seines eignen Staats ist der Richter gebunden; ob sie mit dem Völkerrecht übereinstimmen oder nicht, hat er garnicht zu prüfen. Eine solche inhaltliche Übereinstimmung kommt ja glücklicherweise oft genug vor. Die Sätze des überstaatlichen International-Privatrechts können dadurch zu innerstaatlichem Recht werden, dafs der Staat, seiner völkerrechtlichen Verpflichtung gemäfs, sie bei sich als Recht einführt, oder dafs sie in diesem Staat als innerstaatliches Recht thatsächlich in der für die Entstehung eines Gewohnheitsrechts erforderten Weise geübt werden; sie verdanken ihre innerstaatliche Kraft dann natürlich nicht ihrer inhalt-

[19] S. Niemeyer, Posit. intern. Privatrecht I S. 2, und vgl. unten S. 202.

lichen Herkunft aus dem Völkerrecht sondern dem Gesetzgebungsakt oder der gewohnheitlichen Übung in gerade diesem Staat. Aber auch wenn die Kollisionsnormen den völkerrechtlichen Anforderungen widersprechen, hat der Richter sie doch zu befolgen. Er hat also das Recht seines eignen Staats anzuwenden, soweit dieses Recht angewendet sein will, mag auch nach Völkerrechtsgrundsätzen sein eigner Staat die Herrschaft nicht haben, denn er mufs — dies geht aus den Ausführungen oben S. 65 hervor — die Gesetzgebungsmacht seines Staats soweit als bestehend annehmen, wie der Staat sich selbst durch seinen eignen Willen staatliche Herrschaft beilegt; er hat ein fremdes Recht anzuwenden, wenn das Recht des eignen Staats nicht angewendet sein will, und zwar das Recht desjenigen fremden Staats, das nach der Kollisionsnorm seines eignen Staats angewendet werden soll, mag auch nach Völkerrechtsgrundsätzen dieser fremde Staat die Herrschaft nicht haben, denn er hat die Gesetzgebungsmacht, die der eigne Staat dem fremden Staat zuerkennt, als vorhanden anzunehmen. Natürlich beschränkt sich die Kraft der Kollisionsnorm auf den Richter des eignen Staats; für den Richter jedes fremden Staats sind die in dem ersteren Staat geltenden Kollisionsnormen ganz belanglos: er befolgt wiederum nur die in s e i n e m Staat geltenden und keine anderen.

Wie aber, wenn in dem einzelnen Staat keine derartigen Kollisionsnormen bestehen? Eine Anwendungsnorm mufs der Richter haben: er mufs ja das anzuwendende Recht wählen, um überhaupt entscheiden zu können. Von woher entnimmt er sie? Hier ist nun die Stelle, wo das völkerrechtliche International-Privatrecht innerstaatliche Bedeutung gewinnt. Man mufs, um dies zu erkennen, die Frage teilen. Der Richter, der zu der Entscheidung eines internationalen Privatrechtsfalls berufen ist, hat sich zunächst darüber schlüssig zu machen, ob er das Gesetz seines eignen Staats anwenden soll oder nicht. Giebt ihm keine Kollisionsnorm seines Staats darauf Antwort, so wird er so schliefsen dürfen: die Gesetzgebungsmacht eines Staats ist im Zweifel nur eine Besonderung seiner allgemeinen staatlichen Herrschaft; soweit nun der Staat in Bezug auf den Bereich seiner Herrschaft nichts Besonderes festgesetzt hat, ist anzunehmen, dafs er diesen Bereich auch sich selbst völkerrechtsmäfsig, das heifst ganz entsprechend der allgemeinen völkerrechtlichen Herrschaftsabgrenzung, und nicht völkerrechtswidrig begrenze. Mithin hat der Richter das völkerrechtliche International-Privatrecht kraft des vermutlichen Willens seines eignen Staats als positives innerstaatliches Recht anzuwenden. Er

hat also das Gesetz seines eignen Staats anzuwenden, wenn diesem nach völkerrechtlichen Grundsätzen die Herrschaft zukommt, er hat es nicht anzuwenden, wenn sie ihm nach völkerrechtlichen Grundsätzen fehlt.

In diesem letzteren Fall ist der Richter sodann vor die weitere Frage gestellt: das Gesetz welches der fremden Staaten soll er nunmehr anwenden? Hier hat er beim Fehlen besonderer Anwendungsnormen seines eignen Staats unseres Erachtens unmittelbar das aus dem Völkerrecht abgeleitete allgemeine internationalrechtliche Princip anzuwenden. Denn sein eigner Staat kann, da er selbst keine Regeln gegeben hat, nur wollen, dafs hier dem Völkerrecht gemäfs entschieden werde: er stellt den Richter hier, wie er es auch in anderen Fällen oft genug thut, vor die Aufgabe, eine für die materielle Streitentscheidung mafsgebende völkerrechtliche Vorfrage zu lösen. In diesem — von dem vorigen etwas verschiedenen — Sinne wird auch hier das völkerrechtliche Princip des internationalen Privatrechts zur innerstaatlich geltenden Anwendungsnorm.

Oder in anderem Ausdruck: wir nehmen an, dafs in dem positiven Recht jedes Staats der Satz, mag er auch nicht ausdrücklich ausgesprochen sein, doch als allgemein subsidiäre Anwendungsnorm enthalten ist: sofern nichts anderes bestimmt ist, ist dasjenige Recht anzuwenden, dessen Anwendung den völkerrechtlichen Grundsätzen entspricht. Demnach hat folgeweise das allgemeine aus dem Völkerrecht abgeleitete internationale Privatrecht auch die Kraft eines positiven innerstaatlichen Anwendungsrechts, sofern der eigene Staat des Richters nicht etwas Abweichendes bestimmt hat: es ist auch in diesem Sinne subsidiäres, und zwar subsidiäres innerstaatliches Recht, und ein für alle Staaten völlig übereinstimmendes innerstaatliches Recht. Und es ist das nicht blos dann, wenn in dem betreffenden Staat entgegenstehende Kollisionsnormen überhaupt fehlen, sondern es tritt auch ergänzend überall da ein, wo die Gesetzgebung des eignen Staats zwar einige Internationalrechtsfragen entschieden, für andere aber keine Entscheidung getroffen hat, und auf dem Wege der Analogieentscheidung auf Grund der vorhandenen Kollisionsnormen nicht weiter zu kommen ist: es ist das Recht, das man sonst aus der „Natur der Sache“ heraus zu finden versucht hat. Soweit erhebt das aufgestellte Princip also den Anspruch, unmittelbar von den Gerichten — insbesondere auch von den Gerichten im Gebiet des gemeinen deutschen Rechts — bei ihrer Rechtsprechung angewendet zu werden. Diesem Anspruch zum

Siege zu verhelfen, wird keinem Einzelnen ganz gelingen, aber es wäre mutlos zu befürchten, dafs die Wahrheit nicht doch, wennschon langsam auch hier endlich durchdringen wird.

Dies ist die positivrechtliche Bedeutung des aufgestellten Princips. Seine Bedeutung reicht aber noch weiter: es erfüllt auch die anderen Zwecke, derentwegen in der Einleitung dieses Buches die Auffindung eines allgemeinen Princips als notwendig erachtet wurde. Eben weil das hier aufgestellte Princip eine Folgerung des Völkerrechts ist, macht es auch Anspruch darauf, von jedem einzelnen Staat bei seiner gesetzgeberischen Festlegung des internationalen Privatrechts — sofern der Staat eine solche der Sicherheit halber überhaupt noch vornehmen will — anerkannt zu werden. Ausgeschlossen ist natürlich nicht, dafs die Staaten aus Zweckmäfsigkeitsgründen sich in dieser oder jener Frage vertragsmäfsig auf eine andere internationalrechtliche Entscheidung vereinigen können: wie die zu Grunde liegende völkerrechtliche Herrschaftsabgrenzung selbst nichts a priori Gegebenes, sondern etwas Positives, historisch Gewordenes und darum auch beliebig durch eine andere Herrschaftsabgrenzung Ablösbares ist, so lassen sich auch die aus ihr herfliefsenden Internationalrechtssätze abändern; dafs mit einer solchen Abänderung immer auch zurückwirkend die zu Grunde liegende völkerrechtliche Herrschaftsabgrenzung abgeändert wird, liegt auf der Hand. Endlich haben auch die Parteien selbst, wenn sie ohne richterliche Hilfe das anzuwendende Recht feststellen wollen, in dem aufgestellten Grundsatz die Antwort auf ihre Frage, und ebenso wäre er für den von den Parteien gewählten Schiedsrichter mafsgebend. Ja auch wo der Staat selbst als Partei privatrechtlich mit einzelnen Ausländern oder ausländischen Staaten in Beziehung tritt, müfste er, um nicht in Konflikt zu geraten, die Grundlage seiner innerstaatlichen Anwendungsnormen verlassen und sich auf den dem allgemeinen Völkerrecht entsprechenden Standpunkt stellen.

Es fragt sich endlich, welchen Wert die aufgestellte Lösung des Problems des internationalen Privatrechts hat. Dieser Wert ist kein uneingeschränkter. Denn die Lösung, die gegeben wurde, ist nur eine hypothetische. Das heifst: das Problem des internationalen Privatrechts, wie es hier zunächst gestellt wurde, ist mit jenem Satz restlos gelöst, falls es wirklich, was mit der bisherigen Erörterung noch nicht entschieden ist, eine völkerrechtlich anerkannte vollständige gegenseitige Abgrenzung der Herrschaftsbereiche der verschiedenen Staaten giebt. Wenn und soweit es eine solche giebt, haben wir ein internationales Privatrecht, dessen Allgemeingiltig-

keit kraft unabweisbar sicherer Schlüsse feststeht. Wenn und soweit es hingegen allgemein anerkannte völkerrechtliche Principien für die Herrschaftsabgrenzung der einzelnen Staaten nicht giebt, sei es, dafs allgemein anerkannte theoretische Grundsätze für die Herrschaftsabgrenzung fehlen, sei es, dafs die thatsächlichen Grundlagen für die Anwendung dieser Grundsätze im konkreten Fall streitig sind, ist auch zur Zeit eine wahre Lösung der Fragen des internationalen Privatrechts unmöglich, undenkbar. Auch dieses negative Ergebnis erscheint uns wertvoll. Wird diese Abhängigkeit des internationalen Privatrechts vom Völkerrecht klar erkannt, so ist es möglich, das Erreichbare vom Unerreichbaren zu trennen: jedes Suchen nach weiteren mafsgebenden Principien des internationalen Privatrechts mufs überall da als gänzlich nutzlos sofort aufgegeben werden, wo die völkerrechtliche Abgrenzung Lücken oder Konflikte zeigt; über diese kann keine internationalrechtliche Untersuchung je hinweghelfen — es giebt eben keinerlei „an sich“ geltende Principien auf diesem Gebiet. Wir rücken die Internationalrechtsfrage auf das Gebiet des Völkerrechts zurück, von dem das internationale Privatrecht völlig abhängt; bei jeder Unvollkommenheit des internationalen Privatrechts schiebt dieser Rechtsteil nicht nur die gröfsere Hälfte seiner Schuld, sondern die ganze Schuld dem Völkerrecht zu. Es bleibt dann nichts übrig, als dafs die einzelnen Staaten durch Verträge eine gleichmäfsige Behandlung wenn auch nur der wichtigsten Fragen des internationalen Privatrechts herbeiführen und im übrigen auf dem Wege der einzelstaatlichen Gesetzgebung dem Richter wenigstens des eignen Staats feste Anwendungsnormen an die Hand geben. Die allgemeine Theorie des internationalen Privatrechts bezeichnet damit in sicherer Weise die Grenze, über die sie nicht hinausreicht.

Demnach erwächst für das folgende mit Notwendigkeit die Aufgabe, zunächst ohne jede Rücksicht auf das internationale Privatrecht zu untersuchen, ob es eine allgemeine völkerrechtliche Herrschaftsabgrenzung der Staaten giebt und wie sie beschaffen ist; wir müssen von dem Gebiet des Privatrechts, von dem wir ausgegangen sind, zu dem des Völkerrechts aufsteigen, um dann wieder zum Privatrecht zurückzukehren. Diese völkerrechtliche Untersuchung bewegt sich auf dem Boden des rein positiven Rechts; wir haben das historisch gewordene und in den heutigen völkerrechtlichen Anschauungen wirklich existierende Völkerrecht darzustellen, und von den Grundsätzen, die sich hier als rechtlich giltige ergeben, dann im folgenden Abschnitt auf das internationale Privatrecht

speciell Anwendung zu machen. Übrigens hat das internationale Privatrecht, da es sich begrifflich auf das Völkerrecht stützt, die Untersuchung jener völkerrechtlichen Grundlage an sich vom Völkerrecht zu erwarten und braucht sie nicht selbst vorzunehmen; der folgende Abschnitt will darum auch die völkerrechtliche Grundlage keineswegs vollständig erörtern, sondern nur soweit, wie es nicht möglich war, sich auf die Mitteilung fester Ergebnisse der Völkerrechtswissenschaft zu beschränken. Von den Lücken und Konflikten, welche in der völkerrechtlichen Grundlage bleiben, und ihrer Rückwirkung auf die Behandlung internationalrechtlicher Fragen soll erst im dritten Kapitel die Rede sein.

Nicht blos diese Lücken und Konflikte beschränken den Wert des gefundenen Grundsatzes, sondern auch der allgemeine Charakter des Völkerrechts, auf dessen Grundlage operiert wird: die Unvollkommenheit und das Schwankende dieses Rechtsteils beeinflufst natürlich das auf seiner Grundlage errichtete Gebäude des internationalen Privatrechts, wenn auch nicht ganz so stark, wie zunächst wohl zu befürchten scheint. Es mag nützlich sein, hierauf sofort noch mit einigen Worten einzugehen.

Im allgemeinen existiert zweifellos bereits heute eine völkerrechtlich anerkannte gegenseitige Herrschaftsabgrenzung der Staaten. In ihr besteht eben das Völkerrecht, sie leugnen hiefse das Völkerrecht selbst leugnen. Die gleichzeitige Existenz mehrerer Staaten basiert heute darauf, dafs sie wenigstens principiell gegenseitig ihre Souveränetät und zwar auf dem Fufse der Gleichberechtigung anerkennen. Sie erkennen ihre gegenseitige Souveränetät an: das bedeutet, sie erkennen an, dafs jedem Staat ein abgegrenzter Bereich staatlicher Herrschaft zukomme, in den der andere Staat nicht eingreifen dürfe. Und zwar auf dem Fufse der Gleichberechtigung: das bedeutet, die Staaten haben zwar als wirkliche Gebilde ihrer thatsächlichen Grundlage nach einen sehr verschiedenen historisch gewordenen Machtbereich, auch mögen die Grenzen der Staatsmacht n a c h i n n e n sehr verschieden gezogen sein; die rechtliche Intensität aber der Herrschaft nach aufsen, d. h. im Verhältnis zu anderen Staaten, ist principiell für jeden Staat die gleiche, der eine Staat kann nicht mehr Macht gegenüber anderen Staaten in Anspruch nehmen, als er jenen selbst zuerkennt.

Diese gegenseitige Souveränetätsanerkennung auf dem Fufse der Gleichberechtigung ist eine geschichtliche Realität, die sich vor unseren Augen voller und voller verwirklicht. Aber sie ist thatsächlich noch nicht vollständig durchgeführt, auch für die an-

erkannten Kulturstaaten noch nicht. Schwankender als irgend ein anderer Rechtszweig ist durch seine eigentümliche Natur das Völkerrecht, gröfser als irgendwo sonst die Differenz zwischen den theoretisch allgemein anerkannten Principien und der Ziehung ihrer Konsequenzen. Dies Schauspiel wiederholt sich in der That immerfort: die Staaten bekennen sich in staatlichen Äufserungen einmütig zu einem Princip, und ebenso einmütig ziehen sie seine Folgerungen nicht. Gerade auf dem Gebiete der gegenseitigen Souveränetätsanerkennung und Herrschaftsabgrenzung ist das sehr sichtbar. Die volle Durchführung der völkerrechtlichen Sätze bricht sich eben überall an der Sorge des Staats für sein eignes Wohl. Wo es sich um im engeren Sinne öffentlich-rechtliche Verhältnisse handelt, steht das Interesse des einen Staats leicht und häufig im Widerspruch mit dem Interesse eines anderen. Dieselbe Handlung, die der eine Staat als eine Schädigung seiner Lebensbedingungen ansehen mufs, ist vielleicht für den anderen vorteilhaft: er wird dann eben versuchen, seine Interessen zu schützen, soweit er dazu die faktische Macht hat, ohne Rücksicht auf andere Staaten. Man denke nur an den Schutz gegen Spionage. Die internationalen Beziehungen ordnen sich hier wegen Divergenz der Interessen auf dem Boden faktischer Macht, nicht einer Rechtsgemeinschaft, obwohl zu einer solchen ja insbesondere auch im Strafrecht bereits Ansätze vorliegen. Anders aber steht es für das internationale Privatrecht, und gerade darum müssen internationales Strafrecht und internationales Privatrecht, wie in der Einleitung gesagt, getrennt behandelt werden. In Bezug auf das internationale Privatrecht ist in der That eine Interessen*gemeinschaft* der Staaten vorhanden, und deshalb ist die Durchführung der gegenseitigen Souveränetätsanerkennung auf dem Fufse der Gleichberechtigung gerade hier vollständig möglich; ja sie ist hier sogar durch das eigne Interesse aller Staaten gefordert. Wenigstens ist soviel zu sagen: das Interesse des Staats, seine Befehls- und Erlaubnisgewalt in privatrechtlichen Dingen möglichst weit gegenüber anderen Staaten auszudehnen, ist unendlich viel geringer als sein Interesse an der Möglichkeit eines international völlig geordneten Rechtsverkehrs der Einzelnen untereinander. Mit jedem Übergriff über seine Rechtssphäre ruft er Übergriffe der fremden Staaten in die seine hervor; er gewinnt mit einem Übergriff für seine staatlichen Interessen so gut wie nichts und büfst ein, was für ihn von gröfstem Wert ist, weil es den gesamten Stoffwechsel des socialen Körpers und damit seine Gesundheit hebt: die Sicherheit und Leichtigkeit des internationalen Verkehrs der Ein-

zelnen. Die Interessengemeinschaft der Staaten macht hier eine Rechtsgemeinschaft nicht nur möglich, sondern notwendig.

Aus diesen Gründen dürfen wir denn auch die gegenseitige Souveränetätsanerkennung der Staaten für das internationale Privatrecht als Postulat aufstellen. Wir dürfen annehmen, dafs jeder Staat die privatinternationalrechtlichen Beziehungen anderen Staaten gegenüber unter Anerkennung der fremden Souveränetät auf dem Fufse der Gleichberechtigung, also völkerrechtsmäfsig, nicht völkerrechtswidrig behandeln will; wir müssen im Zweifel, d. h. wenn nicht ein entgegenstehender Staatswille deutlich erkennbar ist, die Konsequenzen jener Anerkennung für das internationale Privatrecht vollständig ziehen, mag ihre Durchführung in den Verhältnissen des öffentlichen Rechts auch mangelhaft sein; hat sie Lücken, so sind diese durch Analogieschlüsse auszufüllen: auf diese Weise wird es dann möglich sein, wirklich allgemein brauchbare, für alle Staaten gleich annehmbare Sätze zu finden.

Es kommt noch ein Anderes hinzu, was die Lage des internationalen Privatrechts hoffnungsvoller erscheinen läfst. Mit der Strafrechtspflege befafst sich der Staat im wesentlichen nur, wenn seine eignen Interessen das fordern; die Entscheidung, ob er sein Strafrecht anwenden will oder nicht, ist also jedesmal eine Entscheidung, an der er selbst interessiert ist, weil er mit ihr Macht in Anspruch nimmt oder ablehnt. Anders aber in privatrechtlichen Fragen. Hier hat er so und so oft Recht zu sprechen, ohne dafs er selbst an der Entscheidung irgendwie interessiert ist. Gerichtsstand kann bei ihm begründet sein, obwohl er keinerlei Interesse an den streitenden Parteien oder dem Gegenstande des Streits nimmt. Man denke nur an den am inländischen Erfüllungsort geführten Rechtsstreit zweier im Ausland wohnender Ausländer. Es ist hier für den richtenden Staat wirklich ganz gleichgiltig, welches objektive Recht Anwendung findet. Und man denke ferner, wie vielfach in einem Privatrechtsstreit Rechtsfragen als Vorfragen zur Sprache kommen, für deren Entscheidung auf einen Zeitpunkt zurückgegangen werden mufs, an dem unzweifelhaft der jetzt urteilende Staat keinerlei Beziehungen zu den Subjekten oder Objekten des betreffenden Rechtsverhältnisses hatte. Kurz es handelt sich im Privatrechtsstreit für den urteilenden Staat aufserordentlich oft nicht um die Frage: wie weit soll ich meine Macht ausdehnen? sondern lediglich darum: welchem fremden Staat soll ich, der selbst nicht interessierte urteilende Staat, Macht zuerkennen? Man sieht die Probleme des internationalen Privatrechts gerade dann in voller

Reinheit, wenn man sich immer auf diesen Standpunkt des nicht interessierten Dritten stellt. Daſs überall, wo das verwirrende Moment des eignen Interesses des urteilenden Staats an seiner Machtausdehnung fehlt, die vorhandene völkerrechtliche Herrschaftsabgrenzung der Staaten dem urteilenden Staat die beste Grundlage der Entscheidung bietet, liegt wohl klar zu Tage.

Die Frage des nächsten Abschnitts lautet also: welches sind die völkerrechtlich allgemeinen Grundsätze über die Abgrenzung der Herrschaftsbereiche der verschiedenen Staaten im Verhältnis zu einander?

III. Die allgemeine völkerrechtliche Herrschaftsabgrenzung.

Die Herrschaftsbereiche der Staaten sind nach einem zweifachen Gesichtspunkt gegeneinander abgegrenzt: sie sind nach dem Gebiet (räumlich) und nach den zu beherrschenden Personen geteilt. Eine Abgrenzung anderer Art, die völkerrechtlich allgemein anerkannt wäre, giebt es, obwohl sie sich denken lieſse, thatsächlich nicht, und nur von den wirklichen Thatsachen haben wir auszugehen. Indem jeder Staat die Souveränetät des anderen in dem hiernach abgegrenzten Bezirk anerkennt, erkennt er nicht nur die Rechtmäſsigkeit der Gewaltausübung des anderen Staats in seiner Herrschaftssphäre an, sondern er muſs auch seine eigne Pflicht anerkennen, sich jedes Eingriffs in die fremde Herrschaftssphäre zu enthalten. Demnach entsteht denn die Aufgabe, zu zeigen, wie sich Gebietsherrschaft und Personenherrschaft in ihrer Konkurrenz mit einander verhalten, und wie sich die Gebietsherrschaft des einen Staats mit der des anderen verträgt. Um dies zu erkennen, ist es nützlich, zunächst die beiden Prinzipien der Herrschaftsverteilung jedes für sich und ohne Rücksicht auf das andere inhaltlich auseinanderzulegen; und zwar beginne ich, obwohl die Gebietsherrschaft ihrer historischen und politischen Bedeutung nach voranstehen müſste, doch mit der Personenherrschaft als dem juristisch einfacheren. Ich stelle also zuerst die Personenherrschaft und dann die Gebietsherrschaft jede ihrem Inhalte nach so dar, wie sie rein für sich genommen sein würde; sodann erörtere ich die Machtabgrenzung zwischen der Personal- und der Gebietsherrschaft und endlich die Machtabgrenzung zwischen den Gebietsherrschaften verschiedener Staaten. Ausdrücklich sei hier übrigens noch darauf hingewiesen, daſs Personen und Gebiet nicht blos als das, worauf sich die Herrschaft des Staates bezieht, erheblich sind, sondern daſs sie

auch noch eine andere Bedeutung für den Staat haben: sie selbst bilden den Staat erst — auch das Gebiet ist ja nach der richtigen Anschauung Individualitätsmerkmal gerade dieses Staats, womit natürlich die Möglichkeit von Änderungen der Gebietsgrenzen, sogar von erheblichen Änderungen nicht in Widerspruch steht. Diese Bedeutung der Personen und des Gebiets ist indes für die Zwecke dieser Arbeit gleichgiltig und kann darum im weiteren aufser acht bleiben.

1. Personalhoheit.

Jeder Staat herrscht als solcher über einen gewissen Kreis von Personen, mögen diese Personen sich auf dem Staatsgebiet aufhalten oder nicht; er betrachtet diese Personen als ihm unterworfen selbst während der Zeit, da sie im Ausland verweilen.

a. Die Abgrenzung dieses Personenkreises geschieht gemäfs dem Begriff der „Staatsangehörigkeit", d. h. die Herrschaftssphären der Staaten, soweit sie auf rein persönlicher Grundlage ruhen, sind im allgemeinen ausschliefslich nach der „Staatsangehörigkeit" der einzelnen Personen geteilt. Das ist für das öffentliche Recht durchaus anerkannt. Insbesondere steht aufser Zweifel, dafs die blofse Thatsache des „Wohnens" auf einem Staatsgebiet, gleichgiltig wie man im übrigen die Voraussetzungen des Wohnsitzes näher begrenzen will, an sich, d. h. ohne Rücksicht auf die Staatsangehörigkeit des Wohnenden, eine allgemeine völkerrechtlich anerkannte Herrschaft über den Einzelnen nicht giebt, wennschon sie in dieser oder jener Beziehung auch des öffentlichen Rechtes allerdings Wichtigkeit haben kann. Mit dieser Behauptung leugnen wir nur, dafs der Wohnsitz für die Abgrenzung der Sphäre der staatlichen Personalhoheit Ausschlag giebt, nicht aber, dafs er in anderer Beziehung Begründungsmoment staatlicher Herrschaft sein kann. Da es nun staatliche Herrschaft, die nicht Personalhoheit ist, nur als Gebietshoheit giebt, kann diese „andere Beziehung" nur bei der Gebietshoheit gesucht werden. Und so ist es in der That. Soweit nämlich eine Person sich an ihrem Wohnsitz auch thatsächlich aufhält — und das wird ja schliefslich doch als das Normale anzusehen sein —, steht sie allerdings in mannigfacher öffentlich-rechtlicher Beziehung unter der Herrschaft des Wohnsitzstaats, aber nicht kraft Personalhoheit, welche der Thatsache des Wohnens wegen begründet wäre, sondern kraft der nachher zu besprechenden Gebietshoheit, welche durch die Thatsache des realen Aufenthalts an diesem Ort im mafsgebenden Moment geschaffen wird. Nun

wird der Staat gewisse Pflichten kraft seiner Gebietshoheit nicht schon bei ganz vorübergehendem Aufenthalt auf seinem Gebiet auferlegen, sondern nur wenn der Aufenthalt ein „gewöhnlicher“, ein „längerer“ oder gar mit Wohnsitz verbundener ist. So steht es z. B. mit der Steuerpflicht von Ausländern[20]. Aber damit hält sich, wie man sofort sieht, die Herrschaft des Staats immer noch in den Grenzen der Gebietshoheit; er nimmt über den Ausländer Herrschaft in Anspruch kraft der Thatsache seines — in bestimmter Weise qualifizierten — Aufenthalts auf dem Staatsgebiet. Wenn wir also den Wohnsitz als Begründungsmoment der Personalhoheit des Staats leugneten, so mufs man, um die Tragweite dieser Leugnung zu erkennen, den Fall so nehmen, dafs von Gebietshoheit keine Rede sein kann. Die Frage ist dann dahin zu stellen: ist dem Staat völkerrechtlich eine Herrschaft über eine ihm nicht staatsangehörige Person auch während der Zeit zuzugestehen, während deren diese Person sich nicht auf seinem Gebiet aufhält, lediglich wegen der Thatsache, dafs sie vorher auf seinem Gebiet einen ‘Wohnsitz’ genommen und nicht wieder aufgegeben hat? Diese Frage nun glauben wir verneinen zu müssen. Im gegenwärtigen Völkerrecht ist ein solcher Herrschaftsgrund als allgemeiner wie gesagt keineswegs anerkannt. Z. B. nimmt das deutsche Reich über die bei ihm domizilierten Ausländer keine Strafgewalt in Anspruch, wenn sie, während sie im deutschen Reich ihren Wohnsitz haben, im Ausland eine Strafthat begehen. Dafs die Begründung eines Gerichtsstandes durch Wohnsitz mit dem eben Gesagten nicht in Widerspruch steht, müfste in anderem Zusammenhang ausgeführt werden.

Die Staatsangehörigkeit ist demnach die Grundlage für die rein persönliche Herrschaft des Staats. Der Staat, dem eine Person staatsangehörig ist, wird im folgenden auch als ihr „Heimatstaat“ bezeichnet. Wonach sich die Staatsangehörigkeit einer Person bemifst, welche Regeln also über den Erwerb der Staatsangehörigkeit gelten (in Betracht kommen dabei insbesondere Familienzugehörigkeit zu einem Inländer und staatliches Rechtsgeschäft) und welche über ihren Verlust, das mufs hier als bekannt vorausgesetzt werden. Nur eines ist noch zu bemerken. Obwohl jeder einzelne Staat die Thatbestände für Entstehung und Aufhebung der Staatsangehörigkeit zunächst völlig selbständig durch eigne staats-

[20] Vgl. z. B. Preufsisches Einkommensteuergesetz vom 24. Juni 1891, § 1 Nr. 3.

rechtliche Gesetze festsetzt, so ist die Abgrenzung der persönlichen Herrschaftssphären der Staaten je nach der Staatsangehörigkeit der einzelnen Personen im allgemeinen doch gelungen. Freilich bleiben hier noch Unvollkommenheiten, das dritte Kapitel wird von ihnen näher berichten. Im allgemeinen aber darf die Behauptung aufgestellt oder hier wenigstens von der Annahme ausgegangen werden, dafs jede Person der Regel nach eine und nur eine Staatsangehörigkeit besitzt.

Die Staatsangehörigkeit kommt für die Zwecke dieser Untersuchung nur als das die Herrschaft des Staats über den Einzelnen begründende Moment in Betracht: dafs sie daneben (und untrennbar davon) auch einen Pflichtenkomplex des Staats gegenüber dem Einzelnen schafft, kann hier ebenso bei Seite bleiben, wie dafs auf ihr die Eigenschaft des Einzelnen beruht, selbst ein Teil des Stoffs zu sein, aus dem der Staat gebildet ist (s. S. 82 fg.), also die 'Gliedschaft' des Einzelnen im Staat.

b. Welchen Inhalt hat nun diese Personenherrschaft des Staats („Personalhoheit“), rein für sich betrachtet? Hierüber herrscht Streit; der Streit betrifft aber weniger die Thatsachen im einzelnen als die theoretische Konstruktion. Dem Zweck dieses Buches entsprechend trage ich im folgenden ohne Auseinandersetzung mit der vorhandenen Litteratur[21] kurz vor, wie nach meiner Ansicht der Inhalt der Personenherrschaft zu denken ist.

Die rechtliche Herrschaft des Staats über den einzelnen Staatsangehörigen bedeutet im allgemeinen, dafs der Staat seinen Willen bezüglich dieser Person, soweit er eben rechtliche Herrschaft hat — dieses 'soweit' ist bestritten und näherer Bestimmung bedürftig —, zur Geltung bringen darf, und zwar gleichgiltig, ob sie im Inland oder Ausland weilt. Diese Herrschaft, dieses Dürfen ist ein nach zwei Seiten zu betrachtendes Verhältnis: sie hat eine nach innen gekehrte staatsrechtliche und eine nach aufsen gekehrte völkerrechtliche Seite. Es wird erlaubt sein, zum Zweck der Untersuchung zunächst die eine dieser beiden Seiten und zwar die staats-

[21] S. besonders v. Martitz in Hirths Annalen (1875) S. 793 ff., 1113 ff. v. Gerber, Grundzüge § 16, 17 und in Beilage II. Stoerk in v. Holtzendorffs Handbuch des Völkerrechts II § 113 ff. Laband, Staatsrecht 2 A. § 14 ff. G. Meyer, Staatsrecht § 75. Jellinek, System S. 111 ff. (wozu zu vergleichen Tezners kritischer Aufsatz in der Zeitschrift für das Privat- und öffentliche Recht Bd. 21 S. 107 ff.). Sehr beachtenswert ist endlich die neueste Darstellung von Heilborn, System des Völkerrechts S. 77—82. Weitere Litteratur verzeichnet z. B. G. Meyer a. a. O.

rechtliche in willkürlicher Isolierung von der anderen für sich zu betrachten. Wir denken uns also einen Staat aufserhalb jeder völkerrechtlichen Beziehung, einen „vergessenen Inselstaat“. Was bedeutet hier die staatliche Herrschaft? d. h. 1) ist sie als ein subjektives 'Recht' des Staats zu charakterisieren? und angenommen, darauf sei ein Ja zu antworten: 2) worin besteht dann dieses Recht? Die erstere dieser Fragen ist im wesentlichen eine Frage der Konstruktion oder nur der Terminologie; dafs und warum ich sie bejahe, geht aus dem oben S. 46 Gesagten hervor. Die zweite Frage verlangt eine sachliche Beschreibung; hier mufs auch eine sichere Antwort möglich sein. Und zwar meine ich dahin. Hat der Staat Herrschaft über eine Person, so bedeutet das, entsprechend früheren Ausführungen, einmal: er darf unmittelbar seinen Willen an der Person, d. h. durch Handlungen, die sich unmittelbar auf die Person beziehen, zur Geltung bringen, insbesondere auch die Person selbst körperlich zwingen. Die Person kommt hierbei nicht aktiv in ihrer Eigenschaft als Subjekt eines Willens in Betracht, sondern nur passiv, als ein Objekt, an dem der Staat unmittelbar handeln darf. Diese sachliche Seite hat die Personenherrschaft jeder Person gegenüber; einer willens*un*fähigen gegenüber hat sie nur diese. Sobald aber die beherrschte Person willensfähig ist, kann der Staat seine Herrschaft über sie auch durch das Medium ihres Willens hindurch ausüben; er hat dann kraft seiner Herrschaft über die Person die rechtliche Macht, ihr Befehle, Gebote wie Verbote, zu erteilen, an welche sie rechtlich gebunden ist; dies ist nur eine Besonderung der allgemeinen Herrschaft über die Person, nichts neben ihr stehendes. Dennoch wird es erlaubt sein, hier von *Befehlsgewalt* des Staats im Gegensatz gegen das *Recht zu unmittelbarer Machtausübung* zu sprechen. Der Wille des Staats ist hier mafsgebend für den Willen der Person, und zwar an sich in Bezug auf jede Art möglicher Handlungen und Unterlassungen: der Staat herrscht also über alle Handlungsinhalte *seitens der Person*. Und jene unmittelbaren Machthandlungen darf der Staat kraft seiner Herrschaft nicht nur im konkreten Fall an dieser konkreten Person vornehmen, und einen Befehl kann er nicht nur im konkreten Fall dieser konkreten Person geben, sondern er kann auch abstrakt sich Vornahme von Machthandlungen an Personen vorbehalten und abstrakte Befehle an Personen erteilen, soweit er bei Eintritt des vorbestimmten Falls über diese Personen rechtliche Herrschaft hat. Und ebenso kann er auch diese Machtausübungen Privaten vorzunehmen erlauben und diese Befehle Privaten zur Ver-

fügung hingeben. Indes damit sind wir schon bei der besonderen Anwendung auf das Privatrecht, von der erst später die Rede sein soll.

Einflufslos auf die Richtigkeit der soeben besprochenen Konstruktion bleibt es, wie weit inhaltlich der Staat dem Einzelnen gegenüber Herrschaft auch wirklich in Anspruch nimmt. Die historische Entwicklung hat hier in den einzelnen Staaten zu sehr verschiedenen Ergebnissen geführt. Indes einheitlich läfst sich sagen: potentiell ist die Herrschaft des Staats über den Einzelnen eine vollständige, oder, was gleichbedeutend ist: die Rechtsordnung umfafst mit ihren Geboten, Verboten, Erlaubnissen den ganzen Bereich der Persönlichkeit, soweit er überhaupt dem Zwange zugänglich ist. Wenn der Staat (die Rechtsordnung) dem Einzelnen eine Sphäre eigner rechtlicher Freiheit, wenn er einen „negativen Status“ des Einzelnen ausdrücklich oder stillschweigend zusichert, wobei es gleichgiltig bleibt, ob man darin subjektive Rechte des Einzelnen sehen will oder nicht[22], so ist das eine Selbstbeschränkung seiner eignen möglichen Macht; die Freiheit des Einzelnen ist eine r e c h t l i c h e Freiheit doch nur durch die Rechtsordnung des Staats und insofern vom Staat gewährt (s. o. S. 60), und das beweist eben, dafs an sich die ganze Persönlichkeit von der Rechtsordnung des Staats ergriffen ist.

Man hat gegenüber der soeben vertretenen Auffassung, derzufolge der Unterthan Objekt der rechtlichen Herrschaft des Staats ist, den Inhalt der staatlichen Herrschaft lediglich in einer Gehorsamspflicht des Unterthanen gegenüber dem Staat sehen wollen. Dies reicht jedenfalls nicht aus. Dann würde der Staat über den Pflichtunfähigen (den Wahnsinnigen, das kleine Kind) keine Herrschaft haben. Man müfste also in diesem Fall zu einer anderen Konstruktion greifen und die Herrschaft über den Willensunfähigen lediglich in der Verpflichtung aller willensfähigen Unterthanen erblicken, den Staat in seiner Herrschaftsausübung über den Willensunfähigen nicht zu stören. Das wäre indes (vgl. S. 44) unnötig gekünstelt, auch würden dann die Herrschaft des Staats über den Willensunfähigen und die über den Willensfähigen Rechte von ganz verschiedenem Inhalt sein. Auch die Gründe, aus denen das absolute Recht an der Person geleugnet worden ist, sind unschwer widerlegbar. Wenn der Unterthan Objekt des staatlichen Rechts sei, hat man gesagt, so könne er keine Pflichten (und auch keine

[22] Vgl. T e z n e r a. a. O. S. 134 fg.

Rechte) haben: der Widerstand gegen die Staatsgewalt könnte dann nicht strafbar sein. Dies ist ein Fehlschlufs; bereits die Familienrechte zeigen diese Struktur, dafs sie Rechte des Familienhaupts an der Person neben korrespondierenden Rechten des Familienglieds gegenüber dem Familienhaupt, und zugleich, wenn das Familienglied willensfähig ist, auch Pflichten des Familienglieds enthalten. Es ist zu wiederholen, dafs die Pflichten des Unterworfnen ja lediglich aus dem absoluten Recht des Gewalthabers gegenüber dem Unterworfnen, der willensfähig ist, sich als Folgeerscheinung entwickeln.

Diese selbe Rechtsmacht des Staats, welche soeben 'nach innen', d. h. im Verhältnis des Staats zu den Unterthanen betrachtet wurde, ist es nun auch, die als völkerrechtliches Recht in Betracht kommt. Es ist unrichtig, das subjektive Recht des Staats nach innen und nach aufsen hin auseinander zu reifsen: es handelt sich nur um die zwei Seiten eines Rechts. Von „zwei Seiten" zu sprechen ist ein Bild: was ist damit gemeint? ich glaube etwas ganz genau zu Bestimmendes. Und zwar (vgl. S. 63) dies. Wenn wir einem Rechtssubjekt ein Dürfen zuschreiben, so sprechen wir damit ein Urteil aus, das nur auf Grund einer vergleichenden Beziehung zu einer Rechtsordnung Wahrheit haben kann: das Dürfen bedeutet, dafs die Handlung an dieser bestimmten Rechtsordnung gemessen rechtmäfsig sei. Die Rechtsordnung nun, an der die Rechtmäfsigkeit der Herrschaftshandlungen des Staats gemessen wird, ist eine doppelte — und darin unterscheidet sich dieses Recht des Staats von allen blofs in der Sphäre des Privatrechts oder des Völkerrechts liegenden Rechten —: das Recht des Staats ist einmal zu messen eben an der staatlichen Rechtsordnung selbst, das ist seine „innere" Seite; weil diese staatliche Rechtsordnung als geltendes objektives Recht von der im Staat organisierten Menschengemeinschaft angesehen wird, ist auch die Machthandlung des Staats eine rechtmäfsige, nicht blofs in der Vorstellung der einzelnen Person, an der die Machthandlung vorgenommen wird — dieser Einzelne kann des Bewufstseins zufällig entbehren —, sondern in der Vorstellung der gesamten zum Staate organisierten Menschengemeinschaft. Der eigentümliche Charakter dieses Rechts nach innen hin beruht eben darauf, dafs die Rechtsordnung, welche das Recht verleiht, den beiden Personen, welche sich in dem Rechtsverhältnis gegenüber stehen, der herrschenden und der beherrschten, nicht übergeordnet ist, sondern dafs die eine dieser Personen zugleich die ist, welche die Rechtsordnung schafft.

Dieses Recht des Staats ist zweitens aber auch an der Völkerrechtsordnung zu messen; sein eigentümlicher Charakter dieser äufseren Seite nach beruht darauf, dafs hier allerdings das subjektive Recht als ein Rechtsverhältnis von Staat zu Staat durch eine allen diesen Staaten übergeordnete Rechtsordnung — als solche sehe ich die Völkerrechtsordnung an — gewährt ist, dafs diese Rechtsordnung aber keine der Erzwingung dienende rechtliche Institution geschaffen hat.

Das Recht des Staats über seine Unterthanen wirkt, völkerrechtlich betrachtet, positiv und negativ, gerade wie ein von der Privatrechtsordnung verliehenes absolutes Privatrecht. Positiv: alle anderen Staaten müssen die Machthandlungen des berechtigten Staats an seinen Unterthanen und seine Befehle an sie als rechtmäfsig anerkennen. Und da die Macht des Staats hier zunächst rein für sich, ohne Rücksicht auf die Konkurrenz anderer Herrschaftsgründe betrachtet wird, so heifst das negativ nicht blofs: kein anderer Staat darf die Herrschaftsausübung des Heimatstaats stören, sondern auch: keiner darf seinerseits Herrschaftsausübungshandlungen gleichen Inhalts vornehmen, und der fremde Staat mufs auch dafür sorgen, dafs von den seiner Herrschaft unterworfenen Personen kein derartiger Eingriff in die fremde staatliche Herrschaft geschehe. Der Heimatstaat hat also, so wird man dies kurz ausdrücken dürfen, völkerrechtlich betrachtet ausschliefsliche rechtliche Macht über alle Handlungsinhalte, die in Einwirkung auf die Person bestehen, also über alle Handlungsinhalte in Bezug auf die Person, und er hat, völkerrechtlich betrachtet, ebenso die ausschliefsliche Befehlsgewalt über die Person: kein anderer Staat hat der Person rechtswirksame Befehle zu erteilen die völkerrechtlich anerkannte Macht. Die interne Frage, wie der Staat seinen Unterthanen gegenüber seine eigne Rechtsmacht abgrenzt, kommt zwar auch völkerrechtlich zur Sprache: denn die anderen Staaten brauchen eine Machtausübung oder einen Befehl an die Person dann nicht als rechtmäfsig anzuerkennen, wenn der Staat selbst der Person gegenüber seine Macht beschränkt hat — der Staat kann nicht in Widerspruch mit seiner eignen Rechtsordnung treten —; für den negativen Inhalt des Rechts des herrschenden Staats aber ist diese Abgrenzung bedeutungslos: da der Staat mit seiner Rechtsordnung die gesamte Persönlichkeit des Einzelnen umfafst, gleichgiltig ob er selbst das Recht für sich in Anspruch nimmt, oder dem Einzelnen rechtliche Freiheit gewährt, so ist auch die gesamte Persönlichkeit der rechtlichen Einwirkung jedes anderen Staats entzogen.

Daſs nun diese Herrschaftsabgrenzung nach Personen völkerrechtlich wirklich existiert, daran kann, soviel Differenzen im einzelnen auch bleiben mögen, doch kein Zweifel sein. Das ist ja freilich richtig: die Herrschaftsteilung ausschlieſslich nach Gebietsgrenzen entspricht dem realen Machtzustande; über den auswärts weilenden Inländer kann der Inlandsstaat seine Macht immer nur durch Vermittlung des Auslandsstaats ausüben (so bei der Auslieferung), oder er muſs warten um sie erst später einmal, wenn der Angehörige zufällig wieder in seinen realen Machtbereich kommt, geltend zu machen. Aber das ist kein Einwand: wir fragen nicht nach der thatsächlichen Möglichkeit der Herrschaftsausübung, sondern nach dem rechtlichen — d. h. den rechtlichen Vorstellungen gemäſs zu bejahenden — Dasein der rechtlichen Herrschaft. Da gerade für das Gebiet des internationalen Privatrechts, das ja der Eifersucht der Staaten untereinander viel weniger ausgesetzt ist, als andere Rechtsgebiete, das Postulat gemacht werden muſs, daſs die Staaten gegenseitig ihren völkerrechtlich abgegrenzten Machtkreis ohne weiteres anerkennen — ohne dieses Postulat giebt es eben ein internationales Privat*recht* überhaupt nicht —, brauchen wir auch nur die rechtliche Machtabgrenzung in Betracht zu ziehen: die rechtliche Macht muſs uns, auch ohne daſs ihr eine eigne thatsächliche Macht zur Seite stünde, als Realität gelten.

2. *Gebietshoheit.*

Die Herrschaft des Staats ist ihrer Grundlage nach ferner räumlich: jeder Staat als solcher beherrscht (in einem sogleich zu besprechenden Sinne) ein bestimmtes räumliches Gebiet.

a. Die *Abgrenzung* der Gebiete der verschiedenen Staaten, sei es des Gebiets des einen Staates gegen das des anderen, sei es des staatlich beherrschten gegen das staatlich nicht beherrschte Gebiet, ist teils historisch gegeben, teils richtet sie sich nach abstrakten völkerrechtlichen Sätzen. Solche Rechtssätze bestimmen insbesondere, wie weit die Herrschaft über das Landgebiet auch Herrschaft über das Wassergebiet gewährt und wie weit Schiffe als schwimmende Gebietsteile zu gelten haben; sie bestimmen ferner, welche Gebiete rechtlich unbeherrschbar sind (die hohe See!); sie bestimmen drittens, welche Thatbestände den Neuerwerb von Gebietsherrschaft (Occupation, Übertragung) oder ihren Verlust herbeiführen. In den wesentlichsten Punkten stehen diese völkerrechtlichen Sätze fest; ihre nähere Erörterung gehört indes ins Völker-

recht (s. oben S. 79), hier setzen wir sie als gegeben voraus. Dafs in der Abgrenzung der Gebietsherrschaft Lücken und Konflikte bleiben, wird im dritten Kapitel noch erörtert werden. Der Klarheit der Untersuchung halber wird im folgenden von der Annahme ausgegangen, dafs die Staaten sich die Herrschaft über die Erde räumlich vollkommen geteilt haben, dafs also jedes Stück der Erde unter der Herrschaft eines und nur eines Staates stehe.

b. Welchen Inhalt hat nun diese „Gebietshoheit" des Staats, wenn man sie ebenfalls rein für sich betrachtet? Die Schwierigkeiten der Antwort liegen auch hier nicht sowohl in der Angabe des sachlichen Inhalts als in der theoretischen Konstruktion; wiederum beschränke ich mich im folgenden auf eine kurze Darstellung der eigenen Auffassung unter Vermeidung der Polemik mit fremden Ansichten [23].

Wenn man von Gebietsherrschaft des Staats spricht, so meint man damit nach meiner Beobachtung ein Zweifaches.

Gebietsherrschaft bedeutet erstens und jedenfalls, dafs der Staat auf seinem Gebiet herrscht, und zwar in dem Sinne herrscht, dafs er auf diesem Gebiet seinen Willen zur Geltung bringen darf, dafs sein Wille rechtlich entscheidend ist für alles, was auf diesem Gebiet geschieht. Das Gebiet ist hier nicht Gegenstand, sondern nur Schauplatz der Herrschaft, Schauplatz im geographischen Sinn. Ein Worüber? der Herrschaft ist in erster Reihe gar nicht anzugeben, denn die Herrschaft ist inhaltlich (und darum ihren Objekten nach) unbeschränkt und nur geographisch begrenzt. Der Staat darf eben auf seinem Gebiet alles thun und lassen, was er will, und darum auch alles gebieten und verbieten oder erlauben: er beherrscht, um es kürzer zu sagen, alle möglichen Handlungsinhalte, sofern die betreffenden Handlungen nur auf seinem Gebiet geschehen würden. Gleichgiltig bleibt dabei, ob die Handlungsinhalte sich beziehen auf Personen oder Sachen oder irgendwelche immaterielle Güter. Während die kraft Personalhoheit beherrschten Handlungsinhalte ihren einheitlichen Charakter durch ihren Inhalt haben —

[23] S. besonders v. Gerber, Grundzüge § 22 und Note in Beilage II. Fricker, Vom Staatsgebiet (Tübinger Programm 1867). v. Holtzendorff in seinem Handbuch II § 45. Laband, Staatsrecht (2. A.) § 21 ff. Curtius, Archiv für öffentliches Recht IX S. 1 ff. Rosin, Das Recht der öffentlichen Genossenschaft (1886) S. 44—47. Heimburger, Der Erwerb der Gebietshoheit I (1888) S. 11—39. G. Meyer, Staatsrecht § 74. Zuletzt (sehr beachtenswert) Heilborn, Völkerrecht S. 5—36. Weitere Litteratur s. bei G. Meyer a. a. O.

sie alle sind Handlungsinhalte seitens einer Person oder in Bezug auf eine Person —, giebt die Gebietshoheit Macht zu allen Handlungsinhalten, gleichgiltig welchen Inhalts sie sind, aber mit der Beschränkung, dafs Handlungen auf diesem Gebiet in Frage stehen müssen.

Da kraft dieser Gebietshoheit der Staat auf diesem Gebiet seinen Willen schlechthin zur Geltung bringen darf, so kann man, entsprechend einer früher geschilderten Begriffsbildung oder Ausdrucksweise (s. S. 50, 54), auch sagen, er beherrsche mittelbar, wie die auf seinem Gebiet befindlichen Sachen, so auch die auf seinem Gebiet weilenden Personen, gleichgiltig ob es Inländer oder Ausländer sind, nur immer mit der Begrenzung, dafs sich diese Herrschaft ausschliefslich auf Handlungen, die auf dem Gebiet vorgenommen werden, bezieht. Und soweit diese sich auf dem Gebiet aufhaltenden Personen willensfähig sind, stellt sich die Macht auch als Befehlsgewalt über sie dar, als Gewalt, ihnen Vornahme beliebiger Handlungen, aber nur Handlungen auf diesem Gebiet, zu befehlen und zu untersagen. Überhaupt ist innerhalb der Begrenzung, dafs nur Handlungen auf dem Gebiet der Herrschaft kraft Gebietshoheit unterliegen, die Herrschaft über Personen, die kraft Gebietshoheit geübt wird, inhaltlich ganz gleich der, welche infolge der Personalhoheit eintritt. Darum coïncidieren auch bezüglich der im Inland weilenden Inländer Personalhoheit und Gebietshoheit völlig miteinander; die letztere thut zu der ersteren nichts hinzu, die Personalhoheit geht nur noch weiter, da sie auch den im Ausland weilenden Inländer ergreift. Andrerseits geht die Gebietshoheit auch über die Personalhoheit hinaus, da sie Gewalt auch über die im Inland weilenden Ausländer gewährt, und da sie dem Staat das Recht auch zu Handlungen giebt, die überhaupt nicht als Machtausübung über Personen erscheinen. Auch ein völlig menschenleeres Stück Land ist ja Gegenstand der Gebietshoheit des Staats, zu dessen Gebiet es gehört[24]. Man mufs aber immer bedenken, dafs Personenherrschaft und Gebietsherrschaft nicht zwei Glieder einer einheitlichen Einteilung, sondern zwei von verschiedenen Einteilungsgründen aus bestimmte und darum sich durchschneidende Herrschaftskreise sind.

Die soeben ihrem Inhalt nach gezeichnete Herrschaft des Staats auf seinem Gebiet hat eine doppelte Seite, gerade wie die Personenherrschaft eine solche zeigte. Sie ist rechtliche Herrschaft gemessen

[24] Vgl. hierzu Heilborn a. a. O. S. 36.

an der Rechtsordnung des Staats selbst; und auch hier kann der Staat seine Herrschaft nach innen hin einschränken: er kann bezüglich aller möglichen Handlungsinhalte auf seinem Gebiet eine Sphäre herstellen, innerhalb deren er nicht handeln zu wollen verspricht; er kann auch den kraft seiner Gebietsherrschaft beherrschten Personen eigne Rechte gegen sich, den Staat, verleihen. Praktische Bedeutung gegenüber dem, was schon für die Personenherrschaft gesagt war, hat dies natürlich wiederum nur für die Ausländer, die sich im Inlande befinden. Die Herrschaft des Staats auf seinem Gebiet ist aber rechtliche Herrschaft auch nach aufsen hin, d. h. gemessen an der über den Staaten stehenden Völkerrechtsordnung. Das bedeutet positiv: jeder fremde Staat mufs die auf dem Staatsgebiet ausgeübte Herrschaft des Staats, seine Machthandlungen auf seinem Gebiet sowohl wie auch seine Befehle an Inländer und Ausländer zu Handlungen oder Unterlassungen auf dem Gebiet, als rechtmäfsig anerkennen. Und da die Gebietsherrschaft hier zunächst ebenfalls nur für sich und ohne Rücksicht auf konkurrierende andere Herrschaftsgründe betrachtet wird, heifst das negativ: kein fremder Staat darf den Gebietsstaat stören auf seinem Gebiet zu thun und zu lassen, zu verbieten, zu erlauben, zu gebieten, was er will; kein fremder Staat darf seinerseits ohne Willen des Gebietsstaats Handlungen auf dessen Gebiet ausüben, und ebensowenig darf und kann er irgend jemand Macht über Handlungsinhalte auf dem Gebiet des fremden Staats gewähren oder rechtmäfsige Befehle zu Handlungen oder Unterlassungen auf dem fremden Gebiet erteilen.

Meines Erachtens zeigt aber die Beobachtung der wirklichen völkerrechtlichen Anschauungen, dafs von Gebietshoheit zugleich auch noch in einem anderen Sinne als dem eben entwickelten gesprochen wird, und zwar ist die Gebietshoheit in diesem zweiten Sinn rein völkerrechtlich; sie hat keine staatsrechtliche Seite. Die deutsche Gebietshoheit wäre sicherlich nicht blofs verletzt, wenn fremde Truppen unsre Grenzen überschritten, also auf unserem Gebiet in Widerstreit gegen die deutsche Herrschaft handelten, sondern auch wenn sie etwa über die Grenze herüber in unser Gebiet schössen. Und doch wäre dann die Gebietshoheit in dem bisher behandelten Sinne nicht verletzt: deutsches Gebiet ist hier nicht der Schauplatz der Handlungen — und davon allein war ja bisher die Rede —, sondern es ist Objekt der Einwirkung durch eine im Auslande, jenseits der Grenzen geschehende staatliche Handlung. Sehen wir nun auch eine im Auslande geschehende Handlung unter

gewissen Umständen als Verletzung der Gebietshoheit an, so ist das ein zwingender Beweis dafür, daſs die Gebietshoheit nicht bloſs ein Recht alleiniger Bestimmung über Handlungen auf dem Gebiet gewährt, sondern daſs sie auch ein Herrschaftsrecht an dem Gebiet oder über das Gebiet als ein körperliches Objekt nebst allem, was sich an körperlichen Einzelobjekten (Personen und Sachen) auf diesem Gebiet befindet, enthält. Was aber diese Herrschaft über das Gebiet als ein Objekt der Herrschaft bedeutet, das wissen wir aus früheren Erörterungen: das Gebiet ist hier in analoger Weise Objekt der Rechtsmacht des Staats, wie die einzelne Sache Objekt des Eigentums genannt wurde. Wie die Bezeichnung einer Sache als des Objekts des Eigentums nur bedeutet, daſs die kraft des subjektiven Rechts monopolisierten Handlungen sich auf diese bestimmte Sache als ihr räumliches Centrum beziehen, so ist auch das Gebiet der räumliche Mittelpunkt des Handlungsinhalts, der kraft des Völkerrechts in der Gemeinschaft der Staaten ausschlieſslich diesem bestimmten Staat vorbehalten ist. Wir sind soweit wie möglich davon entfernt, hiermit in den endlich mit Glück überwundenen Fehler zurückfallen zu wollen, daſs man privatrechtliche Begriffe, privatrechtliche Konstruktionen, privatrechtliche Sätze auf die Probleme des öffentlichen Rechts einfach übertrug. Insbesondere wäre es absolut falsch, das Recht des Staats an seinem Gebiet als Eigentum zu denken — viel eher würde übrigens wegen der eigentümlichen sonstigen Funktion, die das Gebiet für den Staat hat (s. oben S. 82 fg.) die Parallelisierung mit dem privatrechtlichen Recht an der eignen Person zutreffen! In Wahrheit ist das Recht des Staats an seinem Gebiet nur insofern mit allen diesen Privatrechten in Vergleich zu stellen, als es sich hier überall um eine und dieselbe Denkform, die Denkform nämlich des absoluten Rechts an einem Objekt handelt. Ganz verschieden aber ist im Privat- und im öffentlichen Recht der durch das subjektive Recht gedeckte Handlungsinhalt. Das Recht des Staats am Gebiet bezieht sich ja ausschlieſslich auf die Handlungen, die der Staat in seiner Eigenschaft als Staat vornimmt[25]. Indem für jetzt wiederum auſser Acht gelassen wird, daſs die Gebietshoheit des einen Staats durch die Konkurrenz der Gebietshoheit der anderen Staaten Schranken empfängt, läſst sich näher sagen: im Verhältnis zu anderen Staaten hat dieser Staat und nur er die völkerrechtliche Macht, durch Handlungen auf sein Gebiet und darum mittelbar auch auf die dort be-

[25] Richtig Heilborn a. a. O. S. 33.

findlichen Sachen und Personen körperlich einzuwirken, und darum auch Einzelnen solche Handlungen zu gestatten (auch dieses 'Gestatten' ist eine specifisch staatliche Handlung); er hat, wie man es auch hier kurz ausdrücken darf, die rechtliche ausschliefsliche Macht über alle Handlungsinhalte, die in Einwirkung auf das Gebiet (nebst den darauf befindlichen Sachen und Personen) bestehen. Negativ bedeutet das: nicht nur darf kein andrer Staat die Einwirkungshandlungen des Gebietsstaats auf sein Gebiet (nebst den darauf befindlichen Sachen und Personen) stören oder seinerseits solche Einwirkungshandlungen vornehmen, auch nicht auf seinem eignen Gebiet, sondern er kann und darf sie auch den seiner eignen Herrschaft unterworfnen Personen nicht gestatten; solche Gestattung wäre nicht nur rechtlich wirkungslos sondern auch ein Eingriff eben in die Gebietshoheit des Staats.

Dafs diese Gebietshoheit als Herrschaft über das Gebiet mit der Gebietshoheit im vorigen Sinne als Herrschaft auf dem Gebiet ihrem praktischen Inhalt nach oft zusammenfällt, ist klar: jede Einwirkungshandlung gegen das Gebiet, welche auf dem Gebiet selbst vorgenommen wird, ist ja schon wegen des Orts ihrer Vornahme eine Verletzung der Gebietshoheit erstbesprochener Art; es konkurrieren dann eben die Gesichtspunkte der Gebietsherrschaft im einen und im anderen Sinne miteinander. Anders aber, sobald Einwirkungshandlungen im Ausland in Frage stehen: dann trifft nur der Gesichtspunkt der Gebietsherrschaft als einer Herrschaft über das Objekt zu. Die positive Seite dieses Rechts tritt freilich wenig hervor: denn Einwirkungshandlungen des berechtigten Staats auf sein eignes Gebiet kann der Staat in seiner Eigenschaft als Staat der Regel nach nur auf seinem eignen Gebiet vornehmen; desto wichtiger ist die negative Seite. Dafs fremde Staaten auf ihrem eigenen Gebiet keine gegen das Inland gerichteten Einwirkungshandlungen (in später näher zu schildernder Begrenzung) vornehmen dürfen, läfst sich nimmermehr durch die Gebietshoheit als Herrschaft auf dem Gebiet, sondern nur durch die Gebietshoheit als Recht an dem Gebiet erklären: leugnete man sie, so käme man in sehr wichtigen Beziehungen zu einer völkerrechtlichen Schutzlosigkeit, die in Wahrheit nicht vorliegt. Andererseits ist auch wiederum der Inhalt der Gebietshoheit nicht durch dieses Recht am Gebiet erschöpft; es ist notwendig daneben noch das Recht der Herrschaft auf dem Gebiet festzuhalten: die Herrschaft auf dem Gebiet umfafst eben alle denkbaren Handlungsinhalte, nicht blofs solche, die gerade in Einwirkung auf dieses Gebiet bestehen.

3. Widerstreit zwischen Personalhoheit und Gebietshoheit.

Aus der Darstellung des Inhalts der Personalhoheit und der Gebietshoheit, jeder rein für sich genommen, ergiebt sich, daſs beide nicht unbeeinfluſst nebeneinander durchgeführt werden können.

a. Der Fall des Widerstreits.

Die Gebietshoheit besteht darin, daſs der Staat Herrschaft hat über alle auf seinem Gebiet geschehenden Handlungen, insbesondere auch über die Handlungen Seitens der Ausländer, die auf seinem Gebiet sich befinden, und über die Handlungsinhalte, durch welche auf Personen, daher auch auf Ausländer, eingewirkt wird, gleichgiltig ob diese Personen sich im Inland oder Ausland befinden. Kraft seiner Personalhoheit hat der Heimatstaat aber ebenfalls Befehlsgewalt über seine Angehörigen, selbst wenn sie im Ausland weilen, und er hat Macht über die Handlungsinhalte, durch welche auf seine Angehörigen, mögen sie im Inland oder Ausland weilen, eingewirkt wird. Demnach konkurrieren einmal die Befehlsgewalten zweier Staaten miteinander; der eine Staat hat Befehlsgewalt kraft Personalhoheit, der andere kraft Gebietshoheit. Diese Konkurrenz ist nur denkbar, wenn und solange der Angehörige des einen Staats sich in dem Gebiet des anderen Staats aufhält. Es konkurriert zweitens die Rechtsmacht des einen Staats, des Gebietsstaats, auf seinem Gebiet frei nach seinem Belieben zu schalten und zu walten wie es ihm beliebt, mit dem Recht des Heimatstaats, alle Handlungsinhalte bezüglich seiner Angehörigen zu erlauben und zu verbieten. Diese Konkurrenz findet ihren schärfsten Ausdruck dann, wenn der Angehörige des einen Staats sich im Gebiet des andern aufhält: der Aufenthaltsstaat nimmt ja in früher geschilderten Grenzen eine Macht über die bei ihm weilenden Personen in Anspruch, insofern es sich nur um Machteinwirkungen gegen sie, die durch Handlungen auf seinem Gebiet geschehen, handelt; der Heimatstaat nimmt seinerseits die gleiche Macht in Anspruch. Dieselbe Konkurrenz tritt indes ebenso auch dann auf, wenn der Angehörige des einen Staats sich nicht auf dem Gebiet des anderen Staats aufhält, durch Handlungen von dem anderen Staat aus aber auf ihn eingewirkt wird. In beiden Fällen ist gemeinsam zu fragen: wie weit findet das Recht jedes Staats, auf seinem Gebiet zu thun und zu lassen was ihm beliebt, eine Schranke an dem Recht eines anderen Staats, daſs auf die ihm angehörigen Per-

sonen nicht eingewirkt werde? Im ersten Fall lautet die Frage: wie weit ist der Inlandsstaat in seinen Handlungen, die gegen einen im Inland weilenden Ausländer wirken, beschränkt? im zweiten: und wie weit in seinen Handlungen, die gegen einen im Ausland weilenden Ausländer wirken? Die Antwort für diesen letzteren einfacheren Fall ergiebt sich im wesentlichen aus der für den ersteren zu gebenden; das Problem läfst sich also konzentrierter folgendermafsen stellen. Wenn und solange sich eine dem Inland angehörige Person im Ausland aufhält, konkurrieren in dieser einen Person zwei staatliche Gewalten mit einander, die Gewalt des Aufenthaltsstaats kraft Gebietshoheit und die des Heimatstaats (Angehörigkeitsstaats) kraft Personalhoheit. Diese Konkurrenz mufs, und hier liegt das Problem, durch allgemeine völkerrechtliche Herrschaftsabgrenzung zwischen den beiden Staaten beseitigt werden. Geschieht das nicht, so bringt sie fortdauernd und in jedem Fall Konflikte hervor. Zwar ist ja eine Konkurrenz zweier Befehlsgewalten so möglich, dafs beide Befehle nebeneinander giltig sind; aber das setzt doch voraus, dafs nicht der eine Befehl seinem Inhalt nach dem anderen widerspricht, dafs nicht beide Befehle zwei miteinander unverträgliche Leistungen zu gleicher Zeit gebieten, oder dafs der eine gebietet, was der andere verbietet. Und ganz ebenso steht es mit der Gewaltausübung zweier Staaten. Wenn z. B. durch eine strafbare Handlung ein Strafanspruch sowohl des Aufenthalts- wie des Heimatstaats begründet ist (vergl. StGB. § 4 Nr. 3), so mufs doch bei der wirklichen Bestrafung ein Staat dem andern vorgehen; entscheidet hier nur die thatsächliche Macht, so ist das eben ein Konflikt — wir aber suchen gerade rechtliche Regeln für solchen Fall. Es fragt sich demnach, wie die Abgrenzung der konkurrierenden Staatsherrschaften geschieht.

b. Die Lösung des Widerstreits.

Die erforderliche Grenzziehung zwischen der Personenherrschaft des Aufenthalts- und des Heimatstaats, also zwischen Gebietshoheit und Personalhoheit ist nun im Völkerrecht keineswegs vollständig, lückenlos, widerspruchslos erfolgt, ja nicht einmal theoretisch vollkommen durchgearbeitet[26]. Ich mufs mich wiederum auf die Darstellung der eignen Ansicht beschränken. Eines freilich ist allgemein anerkannt. Das Verhältnis des Staats zum Einzelnen ist

[26] Zur Litteratur über das Verhältnis des Staats zum Staatsangehörigen und zum Fremden s. auch oben Note 21 und 23.

BIBLIOTHECA REGIA MONACENSIS

ja auch ein für den Staat passives, ein Pflichtenkomplex des Staats. Soweit es sich nun um Pflichten des Staats handelt, kommt in erster Linie immer der Heimatstaat in Betracht: Rechte hat der Einzelne vornehmlich gegen seinen Heimatstaat, nicht gegen seinen Aufenthaltsstaat. Mit der aktiven Seite der öffentlich-rechtlichen Gewalt des Staats steht es anders. Im allgemeinen wird man aber doch diese theoretische Grenzziehung als der allgemeinen völkerrechtlichen Auffassung entsprechend annehmen dürfen: die Personalhoheit gilt als die stärkere Gewalt, sie tritt hinter der Gebietshoheit nur soweit zurück, wie die allgemeine öffentliche Ordnung des Auslandsstaats das fordert. Die Gewalt des Gebietsstaats beschränkt sich völkerrechtlich auf das für seine staatliche Wohlfahrt erforderliche Minimum; in diesen Grenzen besteht sie völkerrechtlich zu Recht und ist als rechtmäfsig überall anzuerkennen, wobei nur als Schranke gilt, dafs der Aufenthaltsstaat seine Gewalt nach allgemeinen Normen und nicht durch Willkürakte ausüben darf, und dafs auch absolut genommen ein gewisses Mafs von Freiheit und Schutz dem Fremden gewährt sein mufs: ich komme darauf später noch zurück.

Für alle öffentlich-rechtlichen Beziehungen bedeutet das nun immerhin ein nicht geringes Mafs von Herrschaftsbefugnissen des Aufenthaltsstaats. Diese Herrschaft äufsert sich wieder in zweifacher Weise, als Befehlsgewalt und als unmittelbare Zwangsgewalt an der Person.

Dem Staat kommt also zunächst eine Befehlsgewalt über die Ausländer zu, in dem Sinne, dafs auch der Heimatstaat der Ausländer selbst die verbindliche Kraft dieser vom Aufenthaltsstaat erlassenen Befehle gegen die Ausländer, wenn sie sich auf dem Gebiete des befehlgebenden Staats aufhalten, anerkennen mufs. Wie weit geht nun diese Befehlsgewalt? Ich glaube, man wird hier mit Sicherheit so antworten können. Besondere positive Dienste und Leistungen — soweit sie nicht blofs als Gegenleistung gegen die Gewährung des Rechts zum Aufenthalt im Staatsgebiet erscheinen — kann der Aufenthaltsstaat von dem Ausländer nicht verlangen, so z. B. keinen Heeresdienst[27]; wohl aber kann und mufs er fordern, dafs auch die auswärts beheimatete Person ihr allgemeines Verhalten in die staatliche Ordnung des Aufenthaltsstaats einfüge: die allgemeinen, nicht auf besonderem

[27] obwohl auch das vorkommt: s. v. Martitz in Hirths Annalen 1875 S. 802 N. 2 und 3.

Grunde beruhenden Pflichten des Verhaltens legt er auch ihr auf, wie er sie allen seinen Unterthanen auferlegt. Der Staat mufs diese allgemeinen, im Interesse der öffentlichen Ordnung erlassenen Befehle — im wesentlichen handelt es sich dabei nicht um Gebote sondern um Verbote — auch dem Ausländer gegenüber durchführen, weil er sonst seiner Aufgabe, die öffentliche Ordnung auf seinem Gebiet aufrecht zu erhalten, nicht nachkommen könnte. Wie sollte denn noch von einer Herrschaft des Staats innerhalb seines Gebiets die Rede sein, wenn er nicht die Macht hätte, allgemeine Verhaltungsmafsregeln anzuordnen, welche auch der auf seinem Gebiet sich aufhaltende Ausländer respektieren müfste? Der Ausländer könnte ja sonst im Inland alles umstürzen und zu Grunde richten. Jeder Staat mufs also das Recht, solche Imperative mit allgemeinverbindlicher Kraft für sein Gebiet zu erlassen, in Anspruch nehmen; ohne das würde er auf seine Souveränetät thatsächlich Verzicht thun. Da aber jeder Staat die Souveränetät des anderen anerkennt, mufs er auch die verbindliche Kraft dieser Imperative des allgemeinen Verhaltens anerkennen. Oder anders ausgedrückt: soweit es sich um die Pflicht, sich den allgemeinen Normen des Staats entsprechend zu verhalten, handelt, tritt die Personalhoheit des ausländischen vor der Gebietshoheit des inländischen Staats zurück. Die Pflicht, den allgemeinen Normen entsprechend sich zu verhalten, trifft also den Ausländer lediglich kraft der Thatsache seines Aufenthalts im Inland, das heifst sie erwächst ihm, sobald er das Gebiet des Inlands betritt, dauert aber auch nur so lange wie der Aufenthalt selbst: sobald der Ausländer das inländische Gebiet wieder verläfst, trifft sie ihn an sich nicht mehr.

Diese Normen des allgemeinen Verhaltens, welche kraft der Gebietshoheit des Staats auch für den Ausländer verpflichtende Kraft haben, sind sehr mannigfaltig. Eine Gruppe tritt sofort scharf umrissen hervor. Jeder Staat kann, wie wir gesehen haben, kraft seiner Gebietshoheit Handlungsinhalte aus der allgemeinen Handlungsfreiheit auf seinem Gebiet ausschalten und sie zu absoluten Rechten privater Personen ausgestalten, er kann also solche Rechte, mögen sich die Handlungen nun als Herrschaft über Personen oder Sachen darstellen oder ohne solch ein körperliches Zentrum sein, auf seinem Gebiet verleihen (oder als schon bestehende, von einem anderen Staat verliehene bei sich anerkennen). Ein jedes solches „absolutes“ Recht hat zu seiner Kehrseite die negative Verpflichtung der unbestimmten Vielheit anderer Personen, sei es in die Ausübung jenes Handlungsinhalts durch den Berechtigten

nicht einzugreifen, sei es sich des gleichen Handlungsinhalts, der damit für den Berechtigten monopolisiert wird, zu enthalten. Diese allgemeinen Störungsverbote nun, ohne deren Wirksamkeit in seinem Gebiet der Staat selbst eine wirkliche Herrschaft auf diesem Gebiet nicht ausüben und auch Anderen keine Rechte verleihen könnte, richten sich gegen jeden, der sich auf dem Staatsgebiet aufhält, gegen den Ausländer nicht minder als gegen den Inländer; sie treffen den Ausländer auch dann, wenn etwa sein Heimatrecht ein solches absolutes Recht gar nicht kennen sollte. Die dem absoluten Recht entspringende negative Verpflichtung richtet sich also nach demselben Gesetz, nach welchem das absolute Recht selbst sich richtet.

Daneben verbietet der Staat in weitem Mafs Handlungen, durch welche bestimmte Güter verletzt oder auch nur gefährdet werden, die nicht zu Objekten subjektiver Rechte von der Rechtsordnung ausgestaltet sind. Auch diese Verbote treffen jeden, der sich auf dem Gebiete des Staats aufhält, mag er Inländer oder Ausländer sein[28]. Der Staat verlangt ihre Befolgung von jedem, der sich in seinem Friedenskreis aufhält, wie er ja andererseits den Schutz dieser Rechtsgüter jedem gewährt, der in seinen Friedenskreis räumlich eintritt. Die der Norm entsprechende Verpflichtung trifft demnach auch den Ausländer, solange er im Inland weilt.

Selbstverständlich kann jeder Staat, soweit er im öffentlichen Interesse Befehle an den Ausländer richtet, auch Zwangsgewalt unmittelbar an der Person in Anspruch nehmen, um die Befolgung seiner Befehle zu sichern. Neben dem präventiven Schutz kommt hier besonders in Betracht, dafs der Aufenthaltsstaat sich wegen Verletzung seiner Normen, soweit ihm das nötig dünkt, ein Strafrecht zuspricht, und zwar auch gegen den Ausländer. Dafs die Bestrafung des Ausländers durch den Aufenthaltsstaat wegen Handlungen, die er im Gebiet dieses Staats begangen, vom völkerrechtlichen Standpunkt aus rechtmäfsig sei, mufs auch der Heimatstaat selbst zugeben; dafs er seine Hilfe zur Ausübung des Strafrechts, welches dem Aufenthaltsstaat erwachsen ist, nicht bietet, liegt auf anderem Boden: im öffentlichen Recht giebt es eben noch keine durchgehende wahre Rechtsgemeinschaft. Und für die Privatstrafen gilt in dieser Beziehung meines Erachtens dasselbe wie für die öffentlichen. Dafs auch die bürgerliche Gerichtsgewalt, die der Aufenthaltsstaat in bestimmten Grenzen über den Ausländer ausübt, hier ihre Wurzel

[28] Ob sie auch gegen Inländer gehen, die sich im Ausland aufhalten, darüber s. unten S. 113 fg.

hat, dafs auch sie der Erzwingung allgemein bürgerlicher Normen dient, soll hier nur angedeutet werden. Es ist kein unmittelbar öffentliches Interesse des Staats, ob ein Privatrechtsstreit so oder so entschieden werde: dafs er jedoch überhaupt zur Entscheidung kommen könne, auch dem Ausländer gegenüber, und dafs die gefällten Urteile verwirklicht werden können, mögen sie lauten wie sie wollen, das ist in der That ein Interesse des Staats. Weiter aber, als zur Vollführung seiner staatlichen Aufgaben unbedingt erforderlich ist, geht die unmittelbare Rechtsmacht des Aufenthaltsstaats an der Person des Ausländers nicht.

4. Widerstreit zwischen zwei Gebietshoheiten.

Ebenso treten aber auch die Gebietshoheit des einen und die des anderen Staats in Konkurrenz miteinander, die zum Konflikt führt, wenn nicht eine genauere Abgrenzung der gegenseitigen Gebietshoheit erfolgt.

a. Der Fall des Widerstreits.

Zwar soweit die Gebietshoheit nur den Inhalt einer Herrschaft auf dem Gebiet hat, ist ein Konflikt unmöglich, die Abgrenzung ist hier durch die räumliche Grenzziehung bereits genügend geschehen: jeder Staat kann auf seinem Gebiet eben thun und lassen, was er will, und darum auch alle beliebigen Handlungen auf seinem Gebiet befehlen oder untersagen, wie ihm das gut dünkt. Aber diese Abgrenzung zeigt sich als praktisch ungenügend, sobald man die Gebietshoheit in jenem zweiten Sinn, die Macht über das Gebiet als ein sachliches Objekt, ins Auge fafst. Die Gebietshoheit eines Staats nämlich, in dem Sinne einer vollen Macht über sein Gebiet, ist unverträglich mit der Gebietshoheit jedes anderen Staates, soweit diese letztere Gebietshoheit als Herrschaft auf dem Gebiet in Betracht kommt. Insbesondere kann kraft der Gebietshoheit als Herrschaft auf seinem Gebiet jeder Staat in souveräner Weise innerhalb seines Gebiets thun und lassen, was er will, mögen auch die Wirkungen der Handlung das fremde Gebiet oder die Sachen und Personen auf dem fremden Gebiet betreffen; kraft seiner Gebietshoheit in dem Sinne einer Objektsmacht aber kann der Staat, auf dessen Gebiet eingewirkt ist, eine solche Einwirkung untersagen. Die positive Seite der Gebietshoheit des Staats im Sinne einer Herrschaft auf seinem Gebiet — die Rechtsmacht also, selbst auf seinem Gebiet zu thun und zu lassen, was ihm beliebt — tritt mithin in Widerstreit mit der negativen Seite der fremden Gebiets-

hoheit im Sinne einer Herrschaft über das Gebiet als sachliches Objekt, dem Anspruch also des fremden Staats, dafs auf sein Gebiet (nebst den darauf befindlichen Personen und Sachen) nicht eingewirkt werde. Es fragt sich nun, in welcher Weise völkerrechtlich dieser Widerstreit geschlichtet ist.

b. Die Lösung des Widerstreits.

Unmöglich wäre es, der Gebietshoheit als Macht über das Gebiet vollständigen Vorrang vor der Gebietshoheit als Macht auf dem Gebiet einzuräumen, also zu sagen: die Herrschaft des Staats auf seinem Gebiet findet ihre Grenze darin, dafs er keinerlei Handlungen auf seinem Gebiet vornehmen und dulden darf, deren Wirkung sich räumlich auf dem Gebiet des anderen Staats äufsert. Bei dieser Antwort wäre kein Staat mehr Herr im eignen Hause, denn welche Handlung könnte in ihren Wirkungen schliefslich nicht auf das Gebiet des anderen Staats hinübergreifen? Wollte man andrerseits der Gebietshoheit als Macht auf dem Gebiet unbedingten Vorrang vor der Gebietshoheit als Objektsmacht geben, so würde man eben die Gebietshoheit im zweiten Sinne ganz leugnen, und dafs das sicheren völkerrechtlichen Anschauungen widerspricht, wurde schon früher gesagt. Es bleibt also nichts übrig, als hier eine Grenzziehung vermittelnder Art vorzunehmen. Und zwar meine ich angesichts der theoretisch nicht formulierten, aber doch wohl allgemein vorhandenen völkerrechtlichen Auffassungen, dafs bei diesem Konflikt zwischen Gebietshoheit und Gebietshoheit nach dem Inhalt der in Betracht kommenden Handlungen unterschieden werden mufs. Genauer: es wird darauf abzustellen sein, ob die Einwirkungshandlungen des Auslandsstaats als Inanspruchnahme eigner Herrschaft (im Sinne einer Objektsmacht) oder wenigstens als Störung fremder Herrschaft gerade über die Sache als Objekt erscheinen. Soweit das der Fall ist, verletzen sie die Gebietshoheit des Inlands; bezüglich aller anderen Handlungen aber, die, mögen sie auch auf das Gebiet des Inlands einwirken, doch nicht den Charakter eines Eingriffs in die Herrschaft über das Gebiet in dem genannten Sinne tragen, ist der Auslandsstaat auf seinem Gebiet wieder frei, jeder Staat kann soweit auf seinem Gebiet Handlungen untersagen und erlauben wie er will.

Die Unterscheidung, ob es sich um Handlungen der einen oder anderen Art handelt, ist auf dem Gebiet des engeren und eigentlichen Völkerrechts theoretisch freilich nicht durchgebildet: man entscheidet hier vielmehr von Fall zu Fall, mehr aus dem Gefühl

jenes Unterschieds als aus klarer Erkenntnis heraus. Die Antwort wird auch, soweit rein staatliche Handlungen in Betracht kommen, selten einem Zweifel unterliegen und ist jedenfalls nicht so oft streitig geworden, dafs das Bedürfnis einer theoretisch scharfen Grenzscheidung hervorgetreten wäre. Immerhin ist die Unterscheidung auch im öffentlichen Recht durchzuführen, und sie entspricht hier der wirklichen Rechtsübung: man unterscheidet sehr wohl, ob die im Inland wirkenden Handlungen des fremden Staats unmittelbare Angriffe gegen die und Eingriffe in die Gebietshoheit, soweit sie rechtliche Herrschaft über das Gebiet als ein sachliches Objekt ist, bilden — öffentlich-rechtlich gehört dahin auch der Angriff auf Personen, die sich auf dem Gebiet des Inlands befinden, und, soweit das praktisch vorkommen kann, auf Sachen, die im Gebiet des Inlands liegen —, oder ob Handlungen in Frage stehen, die durch ihre Wirkungen auf dem Inlandsgebiet in andersartige Interessen des Inlands eingreifen. Erstere sind völkerrechtswidrige Eingriffe in die Gebietshoheit des Inlands, letztere nicht. Man mufs hier nur eine Verwechslung vermeiden. Gewifs giebt es ja noch andere Interessen des Staats, wie z. B. das Interesse seiner Ehre, kraft deren er gewisse Handlungen des Auslandsstaats als Völkerrechtsverletzungen ansehen darf und mufs, selbst wenn diese Handlungen in die sachliche Seite der Gebietsherrschaft gar nicht eingreifen. Aber das wurzelt in einem anderen Boden; aus der Verletzung der Gebietshoheit würde eine Rechtsverletzung hier jedenfalls nicht abzuleiten sein. Und so glauben wir denn an die Berechtigung dieses Schlusses: soweit in den im Ausland geschehenden Handlungen des Auslandsstaats die Anmafsung einer Herrschaft über das fremde Gebiet als sachliches Objekt oder eine Störung der Interessen, welche der Inlandsstaat an der Beherrschung seines Gebiets als eines räumlichen Objekts hat, liegen würde, mufs der ausländische Staat solche Handlungen unterlassen und mufs sie folgeweise auch allen den Personen, denen er befehlen kann, verbieten; die Gebietshoheit nach dieser Seite hin ist also zugleich negativ gegen die Auslandsstaaten vollwirksam. Soweit hingegen die im Ausland geschehenden Handlungen diesen Charakter eines Eingriffs in die Sachherrschaft des Inlands nicht tragen, sondern, wennschon sie Wirkungen auf dem Gebiet des Inlands üben, doch an sich indifferent sind und nur in andersartige Interessen des Inlands eingreifen, ist das Inland vom Standpunkt der Gebietshoheit aus völkerrechtlich nicht geschützt: die Gebietshoheit hat soweit keine negative Wirkung gegen das Ausland.

IV. Folgerungen für die Abgrenzung der Gesetzgebungsgewalt in privatrechtlichen Dingen.

1. Personalhoheit und Gebietshoheit.

Vom Privatrecht sind wir zum Völkerrecht aufgestiegen, vom Völkerrecht kehren wir nunmehr zum Privatrecht zurück, indem wir von der dargestellten völkerrechtlichen Herrschaftsabgrenzung die Anwendung auf die Abgrenzung der Gesetzgebungsgewalt in privatrechtlichen Dingen machen. Der vorige Abschnitt sollte wirkliches Völkerrecht in dem Sinne eines in anerkannter Wirksamkeit stehenden Rechts darstellen; der jetzige zieht die Folgerungen daraus ohne Rücksicht darauf, ob sie als Recht thatsächlich anerkannt sind. Dafs wir trotzdem auch für sie die Kraft des Völkerrechts in Anspruch nehmen, wurde früher (S. 72) gesagt. Der S. 73 gestellten Aufgabe gemäfs sehen wir auch ganz davon ab, dafs möglicherweise gerade für diesen Kreis der völkerrechtlichen Beziehungen etwas Anderes, Abweichendes durch besondere Quellen Recht geworden sein mag; wir ziehen nur die Folgerungen aus der allgemeinen völkerrechtlichen Grundlage, wie sie soeben dargestellt wurde.

Die Grundlagen der Herrschaftsabgrenzung sind wiederum Personalhoheit und Gebietshoheit: der Staat hat die Gewalt zur Privatrechtsgesetzgebung kraft Personalhoheit und kraft Gebietshoheit. Da der Kreis von Personen, über welche dem Staat Personalhoheit zusteht, im allgemeinen durch die Staatsangehörigkeit bestimmt wird, so mufs das auch — natürlich wiederum nur im Zweifel — in der Anwendung auf die Gewalt zur Privatrechtsgesetzgebung gelten: der Staat hat diese Gesetzgebungsgewalt über seine Staatsangehörigen. Wenn gerade für das internationale Privatrecht so aufserordentlich häufig die Personenherrschaft des Staats auf den Wohnsitz, nicht auf die Staatsangehörigkeit der Person gegründet wird, so findet das in den allgemeinen völkerrechtlichen Sätzen keinerlei Stütze; ob speciell für das Gebiet der Gewalt zur Privatrechtsgesetzgebung eine andere völkerrechtlich anerkannte Abgrenzung existiert, das kann hier noch dahingestellt bleiben.

Rein für sich genommen würde nun die Personalhoheit in Anwendung auf die privatrechtliche Gesetzgebung dies bedeuten: jeder Staat kann einmal seinen Angehörigen, wo sie auch weilen mögen, Befehle (Gebote oder Verbote) privatrechtlichen Inhalts geben, also privatrechtlich wirksame Verpflichtungen auferlegen, sei es ihnen

insgesamt oder Einzelnen von ihnen; er hat ferner allein die Rechtsmacht, Handlungsinhalte, die in Einwirkung auf die Person bestehen, aus der allgemeinen Handlungsfreiheit auszuscheiden und dieser Person selbst oder einer anderen Person zu privatrechtlicher Macht einzuräumen. Und negativ: kein fremder Staat kann mit rechtlicher Wirksamkeit dem Angehörigen eines anderen Staats privatrechtliche Gebote und Verbote geben, und ebensowenig kann er rechtlich wirksam und darf er Handlungen, die in Einwirkung auf die fremde Person bestehen, seinerseits als privatrechtliche Macht einräumen, selbst wenn er in der thatsächlichen Lage dazu ist, er mufs vielmehr Eingriffe in die Rechtsverleihungen des Heimatstaats den seiner eignen Staatsgewalt unterworfnen Personen verbieten.

Die Gebietshoheit hingegen würde in Anwendung auf die privatrechtliche Gesetzgebung, rein für sich betrachtet, dies bedeuten: jeder Staat hat die alleinige rechtliche Gewalt, einem Einzelnen privatrechtliche Macht an irgend einem beliebigen Handlungsinhalt auf seinem Gebiet zu geben, d. h. diesen Handlungsinhalt diesem Einzelnen zu gestatten und ihn mit Störungs-Verboten gegen die unbestimmte Vielheit anderer Personen, soweit sie auf seinem Gebiet weilen, zu umgeben, mögen diese Handlungsinhalte sich als Herrschaft über Personen oder Sachen darstellen, oder mögen sie ihren Mittelpunkt in einem immateriellen Gut finden. Ebenso kann er auch jedem Einzelnen, der sich auf seinem Gebiet befindet, verpflichtende Befehle privatrechtlichen Inhalts (Gebote und Verbote) bezüglich der Vornahme von Handlungen auf seinem Gebiet erteilen. Insoweit aber die Gebietshoheit Macht über das Gebiet (nebst den darauf befindlichen Personen und Sachen) ist, bedeutet sie, angewendet auf das Privatrecht: jeder Staat hat die alleinige Rechtsmacht, privatrechtliche Macht über Handlungsinhalte zu erteilen, die in Einwirkung auf das Gebiet des Staats (nebst den darauf befindlichen Personen und Sachen) bestehen.

2. Widerstreit zwischen Personalhoheit und Gebietshoheit.

Auch auf dem Gebiet der Abgrenzung der Gewalt zur privatrechtlichen Gesetzgebung treten nun Personalhoheit und Gebietshoheit in der oben geschilderten Weise in Widerstreit. Kraft seiner Personalhoheit hat der Heimatstaat die rechtliche Macht, seinen Angehörigen Handlungen oder Unterlassungen zu befehlen und diese

Befehle in den Willen eines Einzelnen zu verstellen, und ebenso Handlungsinhalte an ihnen zu erlauben und zu untersagen. Und diese rechtliche Macht hat er auch, wenn sich die Person im Ausland befindet. Wiederum würde aber der ausländische Aufenthaltsstaat, wenn man die Gebietshoheit rein durchführt, die rechtliche Herrschaft über alle Handlungen haben, die auf seinem Gebiet geschehen, mögen auch Handlungen eines Ausländers oder Handlungen an einem Ausländer in Frage stehen. Die Konkurrenz dieser staatlichen Gewalten ist also auch für den Fragekreis des internationalen Privatrechts zu schlichten. Nun fanden wir dies allgemein als die Grenze für die öffentlichrechtliche Macht des Staats über Ausländer, dafs er sie nur insoweit beherrscht, als das zur Erfüllung seiner staatlichen Aufgaben unbedingt erforderlich ist. Daraus ergiebt sich sofort, dafs eine Beherrschung der Privatrechtssphäre des Ausländers der Regel nach garnicht stattfindet. Denn der Aufenthaltsstaat hat im Wesentlichen kein wirkliches Interesse an der privatrechtlichen Beherrschung auch des sich nur flüchtig bei ihm aufhaltenden Ausländers; für die Erfüllung seiner staatlichen Aufgaben ist es nicht ausschlaggebend, ob er selbst, ob ein anderer Staat die privatrechtlichen Beziehungen des Ausländers beherrscht; er bedarf keiner eignen Herrschaft, und die Herrschaft des Heimatstaats stört ihn nicht — von dem für die Kulturnationen seltenen Fall abgesehen, dafs tiefliegende ethische Differenzen der Rechtsordnungen vorhanden sind[29]. Ja es wäre sogar direkt gegen das Interesse des Aufenthaltstaats, die privatrechtliche Herrschaft über den Ausländer in Anspruch zu nehmen. Nach dem Grundsatz gegenseitiger Anerkennung der Gleichberechtigung der Nationen würde er ja diese Herrschaft dadurch erkaufen müssen, dafs er dem Auslandsstaat auch die Herrschaft über die Inländer, die sich im Ausland aufhalten, zuerkennte; damit würde er aber mehr verlieren als gewinnen. Denn kein Staat kann sich schliefslich die Erkenntnis fernhalten, dafs die privatrechtliche Beherrschung seiner Angehörigen durch den jeweiligen ausländischen Aufenthaltsstaat in hohem Mafse zweckwidrig wäre. Der Aufenthalt als etwas für die Person immerhin zufälliges steht bei seinem raschen Wechsel mit dem sonstigen privaten Leben der Person, für welches das Privatrecht berechnet sein soll, in keiner Verbindung. Es ist demnach notwendig, dafs gerade die privatrechtliche Gesetzgebungsgewalt sich auf ein Verhältnis aufbaue, das eine intimere Beziehung

[29] Über diesen Fall unten zweites Buch Kapitel IV.

zu dem gesamten privaten Leben der Person enthält, als sie flüchtiger Aufenthalt herstellen kann. Zudem sind die Privatrechtsbeziehungen des Menschen zum grofsen Teil wenigstens auf einige Dauer angelegt; mit jedem Wechsel des Aufenthalts aber würde immer auch das mafsgebende Recht wechseln: schädliche Schwankungen und Unsicherheiten wären dabei unvermeidlich. Endlich bedarf es keiner Ausmalung, wie fast unüberwindlich die Schwierigkeiten wären, die sich bei dem raschen Wechsel des Aufenthalts praktisch für die Ermittlung ergeben müfsten, welche Rechtsordnung in dem entscheidenden Augenblick für den einzelnen Fall mafsgebend gewesen sei.

Alles dies hat es bewirkt, dafs in der Frage, wie weit dem Aufenthaltsstaat die Gewalt zur privatrechtlichen Gesetzgebung über die Person zustehe, bereits heute im wesentlichen eine Einigung zwischen den Staaten vorhanden ist, und zwar eine Einigung in dem Sinne, wie sie oben dargelegt wurde, dafs nämlich im Princip der Aufenthaltsstaat mit seiner auf Gebietshoheit beruhenden Gewalt hinter dem Staat, der die Personalhoheit hat, zurücktritt. In dieser Negative der Abgrenzung gegenüber dem Aufenthaltsstaat ist man einig, gestritten wird nur, ob die privatrechtliche Gesetzgebungsgewalt kraft Personalhoheit dem Angehörigkeitsstaat oder dem Wohnsitzstaat zustehe. Dieser Streit kommt für jenen negativen Satz indes nicht in Betracht. Der allgemeinen völkerrechtlichen Herrschaftsabgrenzung entspricht es, wie früher gesagt, auch die privatrechtliche Gesetzgebungsgewalt, soweit sie überhaupt auf der Personalhoheit beruht, dem Angehörigkeitsstaat zuzuerkennen. Demnach haben wir das Ergebnis: im allgemeinen steht nur dem Heimatstaat die rechtliche Macht zu, über die privatrechtliche Beherrschung der Person zu bestimmen; und das bedeutet zweierlei: er allein hat privatrechtliche Befehlsgewalt, er allein hat die Gewalt, privatrechtliche Macht über die Person einzuräumen. Beides ist nunmehr im Einzelnen zu besprechen.

a. Befehlsgewalt.

α. Befehlsgewalt des Aufenthaltsstaats.

Eine Gewalt, privatrechtliche Befehle an den Ausländer zu erlassen, Befehle also, durch welche der Ausländer zu einer besonderen Leistung zu Gunsten eines Einzelnen und unter dessen Verfügungsgewalt genötigt würde, steht dem Aufenthaltsstaat im allgemeinen nicht zu. Nur zwei besondere Sätze sind hier zu erwähnen: beide knüpfen sich an die Befehle allgemeinen Verhaltens, die der Aufent-

haltsstaat im unmittelbaren staatlichen Interesse auch an den Ausländer, wie oben gezeigt wurde, erlassen kann. Der Aufenthaltsstaat kann die Befolgung dieser Befehle — auch das wurde bereits gesagt — durch Präventivmafsregeln für die Zukunft sichern und ebenso durch Strafzwang für die Vergangenheit, insofern man das Wort Sicherung hier anwenden darf; er kann aber auch Gründe haben, anstatt dessen oder daneben eine Sicherung durch Verleihung privatrechtlicher Macht eintreten zu lassen. Und zwar kommt auch diese privatrechtliche Sicherung in zweierlei Form, für die Zukunft und für die Vergangenheit in Betracht.

1) Eine privatrechtliche Sicherung für die Zukunft ist dadurch denkbar, dafs der Staat einem Einzelnen in dessen eignem Interesse die Macht gewährt, die Befolgung jener allgemeinen Befehle für die Zukunft zu erzwingen; ob der Staat daneben auch noch selbst durch unmittelbare Mafsregeln im eignen Interesse thätig zu werden sich vorbehält oder nicht, macht nichts aus. Eine solche privatrechtliche Sicherung findet nun in der That statt, soweit es sich bei den Befehlen allgemeinen Verhaltens um das gegen jeden Dritten gerichtete Verbot der Störung subjektiver Privatrechte handelt. Das ist freilich eine Tautologie, denn nur soweit eine solche privatrechtliche Sicherung vorliegt, sprechen wir ja (s. oben S. 37) von subjektiven Privatrechten. Indem der Staat diese Privatrechte als solche verleiht, giebt er dem Berechtigten zugleich auch die privatrechtliche Verfügung über die mit der Verleihung des subjektiven Rechts gegen Dritte erlassenen Störungsverbote. Wie es mit dem Schutz für die Vergangenheit steht, bleibt gleichgiltig; jedenfalls wird die Geltendmachung des Störungsverbots für die Zukunft in den Willen des Berechtigten verstellt. Eben dadurch beweist sich die privatrechtliche Realität dieser mit der Verleihung eines absoluten Rechts Hand in Hand gehenden Störungsverbote, dafs der Staat sie, um vom Selbsthilferecht des Berechtigten abzusehen, mit denselben Mitteln privatrechtlichen Schutzes für die Zukunft versehen hat wie jede Obligation negativen Inhalts: er giebt dem Berechtigten die Möglichkeit einer Klage auf Unterlassung bei drohender oder schon begonnener Störung. In welcher Weise die Zwangsvollstreckung eines auf Unterlassen gehenden Urteils geschieht, kann an dieser Stelle nicht besprochen werden: nur dies ist bereits hier zu bemerken, dafs die Unterlassungspflicht sich durch den Prozefs in eine besondere Obligation umsetzen kann. — Wo ferner ein dem verliehenen subjektiven Recht widersprechender Zustand schon hergestellt ist und noch andauert, da

kann der Aufenthaltsstaat auch die Duldung der Abänderung dieses Zustands befehlen; wie er die Abänderung unmittelbar vornehmen kann, so kann er auch die Duldung dieser Vornahme erzwingen; er kann endlich, sofern die Änderung nicht ohne Mitwirkung des Anderen herbeizuführen ist, auch diese Mitwirkung anordnen und erzwingen.

Da nun, wie oben gesagt, diese allgemeinen Unterlassungsnormen den Ausländer, der sich im Inland aufhält, gerade so gut wie den Inländer treffen, so tritt auch dieser Unterlassungsschutz gegen den Ausländer in gleicher Weise wie gegen den Inländer ein. Dem Aufenthaltsstaat steht völkerrechtlich die Macht zu, dem auf seinem Gebiet weilenden Fremden die Störung der von ihm verliehenen Rechte zu verbieten, natürlich nur die Störung durch Handlungen, die auf dem Gebiet des Inlands geschehen, und darum mufs auch die Frage, ob der Fremde zu einer solchen Unterlassung privatrechtlich verpflichtet sei, in jedem Staat und vor jedem Gericht nach dem Recht des Aufenthaltsstaats entschieden werden[30]; dabei ist es durchaus einflufslos, ob das Heimatrecht des Störers ein solches subjektives Recht ebenfalls kennt oder nicht.

2) In dem bisher geschilderten Anspruch hat der Einzelne ein Schutzmittel gegen künftige Übertretung der Norm; auf die Vergangenheit bezieht sich dieses Schutzmittel nicht. Ein Schutz für die Vergangenheit ist nur dadurch möglich, dafs eine neue Rechtsfolge an die schon geschehene Übertretung geknüpft wird. Dafs sich der Aufenthaltsstaat wegen der schon geschehenen Übertretung ein Strafrecht geben kann, davon redeten wir bereits. Dies Mittel ist indes vielfach unangebracht und hat seine Folge, wenn es sich auch auf die Vergangenheit bezieht, doch nur in der Zukunft, in der Sicherung vor weiteren Übertretungen; die geschehene Übertretung bleibt in ihren Folgen unberührt. Soweit diese Folgen aber die Verletzung eines privaten Rechtsguts sind, wird der Staat sich fragen müssen, ob es nicht gerecht sei, dem Verletzten ein privatrechtliches Mittel in die Hand zu geben, durch welches die Wirkung der Verletzung seines Rechtsguts ökonomisch so gut es geht wettgemacht wird. Die Rechtsordnungen aller Kulturnationen erkennen es nun bekanntlich gegenwärtig in gröfserem oder geringerem Umfang als der Gerechtigkeit entsprechend an, wenn an die schuldhafte Verletzung fremder, durch allgemeine Norm geschützter Rechtsgüter eine Verpflichtung zum Ersatz des Scha-

[30] S. hierzu Teil II Buch I Kapitel V Nr. I.

dens (in einem später[31] näher zu bestimmenden Sinn) angeknüpft wird. Und zwar bezieht sich das auf sämtliche Rechtsgüter, nicht blofs auf die, welche zum Gegenstande eines subjektiven Rechts gemacht sind. Der Zweck, den die Gesetzgebung mit der Auferlegung einer Schadensersatzpflicht beim Delikt erstrebt, ist freilich in erster Linie gewifs der der Wiederausgleichung der geschehenen Verletzung, der rechtfertigende Grund aber, dafs dem Verletzer die Pflicht auferlegt wird, ist beim Delikt einzig und allein die Thatsache seiner schuldvollen Normübertretung; an der Richtigkeit dieses Satzes ändert es natürlich nichts, dafs in besonders gearteten Fällen auch ohne dafs Schuld vorläge die gleiche Folge eben wegen der Eigenart dieser Fälle, also aus anderen Gründen gerechtfertigt sein kann. Jener rechtfertigende Grund der Ersatzpflicht beim Delikt ergiebt zugleich aber auch, dafs mit ihrer Auferlegung noch ein weiterer Zweck erreicht wird, den jede Rechtsordnung verfolgen mufs: der Zweck, die Übertretung der Normen für die Zukunft zu verhindern. Sicherlich ist es ein geeignetes Mittel zur Erreichung dieses Zwecks, wenn die Rechtsfolge so gestaltet ist, dafs der Delinquent aus dem Delikt niemals Gewinn behalten kann und häufig noch eignes Vermögen dazu opfern mufs. Die Voraussicht dieser Folgen, derentwegen einst Savigny[32] von einseitigen Strafklagen gesprochen hat, ist von der Übertretung der Norm abzuhalten geeignet. Die Auferlegung der Schadensersatzpflicht ist also zugleich ein Mittel für den Staat, die ihm unbedingt notwendig erscheinende Ordnung auf seinem Gebiet aufrecht zu erhalten.

Schon aus diesem allgemeinen Grunde des öffentlichen Interesses würde es erklärlich sein, wenn der Aufenthaltsstaat sich die Rechtsmacht zuspricht, solche Schadensersatzpflicht aus Delikt auch dem Ausländer, der auf dem Gebiet des Aufenthaltsstaats ein Delikt begangen hat, aufzuerlegen, und nach dem Princip, das wir für die Machtabgrenzung zwischen Heimatstaat und Aufenthaltsstaat mafsgebend fanden, würde die Rechtmäfsigkeit dieser Machtausübung des Aufenthaltsstaates auch von dem Heimatstaat anerkannt werden müssen, obwohl ja der Aufenthaltsstaat im allgemeinen keine besondere Befehlsgewalt über den Ausländer besitzt, d. h. nicht die anerkannte rechtliche Macht hat, ihm die privatrechtliche Verpflichtung zu einer besonderen Leistung aufzuerlegen. Indes man mufs

[31] II Teil, III Buch, Kapitel II in Abschnitt II Nr. I.

[32] System V S. 40 fg.

hier weiter gehen. Der Heimatstaat mufs die Auferlegung der Schadensersatzpflicht nicht blofs wie die Bestrafung des Thäters als eine rechtmäfsige Machtausübung des Aufenthaltsstaats betrachten, sondern die auferlegte Verpflichtung auch bei sich selbst und vor seinen eignen Gerichten als zu Recht bestehend behandeln. Das ist meines Erachtens durch eine einfache Schlufsfolgerung zu beweisen. Der Heimatstaat erkennt ja die verpflichtende Kraft der allgemeinen vom Aufenthaltsstaat erlassenen Normen auch für seine Angehörigen, wenn sie sich auf dem Gebiet dieses Staats aufhalten, an. Wenn nun, wie oben gesagt wurde, der Grundsatz allgemein und darum auch vom Heimatstaat als gerecht anerkannt ist, dafs die Wiederausgleichung schuldhaft angerichteten Schadens durch Ersatz seitens des Schuldigen geschehe, so folgt mit Sicherheit: er mufs die von dem Aufenthaltsstaat verhängte Schadensersatzfolge bei Verletzung der von dem Aufenthaltsstaat erlassenen allgemeinen Normen als rechtswirksam auch bei sich anerkennen. Das heifst also: wo immer die Rechtsfolge der Handlung zur Sprache kommt, mufs sie nach dem Recht des Orts der begangenen That (lex loci delicti commissi) beurteilt werden, und es bleibt dafür gleichgiltig, ob auch der Heimatstaat das gleiche Verhalten verboten und unter Schadensersatzfolge gestellt hat oder nicht: die Gebietshoheit geht insoweit der Personalhoheit vor. Das ist denn auch im Internationalrecht der Kulturnationen fast allgemein anerkannt; nicht zufällige Übereinstimmung der einzelnen Rechtsordnungen, sondern der Zwang der inneren Gründe hat die Anerkennung dieses Satzes bewirkt.

Begrenzt wird aber die Rechtsmacht des Aufenthaltsstaats im internationalen Privatrecht hiernach in einer zweifachen Weise. Einmal mufs die auf das Delikt gesetzte Civilrechtsfolge ihr Mafs an dem angerichteten Schaden finden: über seinen Ersatz darf nicht hinausgegangen werden. Insbesondere trifft also bei der Auferlegung einer Privatstrafe der oben genannte Grund nicht zu: die Verpflichtung zur Entrichtung einer Privatstrafe gilt nicht allgemein als gerechte Folge eines civilrechtlichen Delikts; hier müssen, wie früher schon gesagt, die Grundsätze des internationalen Strafrechts Platz greifen. Andrerseits trägt auch die vorgetragene Schlufsfolgerung nicht weiter als bis zu dem Satz, dafs eine Schadensersatzpflicht eben nur wegen Delikts, d. h. wegen schuldhafter Übertretung seiner allgemeinen Befehle vom Aufenthaltsstaat auferlegt werden kann. Wohl giebt es eine Reihe anderer Gründe, aus denen die Auferlegung einer Schadensersatzobligation auch bei schuldloser

Verletzung fremder Rechtsgüter gerecht erscheinen kann: indes in dieser Beziehung herrscht noch keine einheitliche Anschauung in den verschiedenen Rechten; erkennt der Heimatstaat in seiner Rechtsordnung es als gerecht an, dafs aus dieser bestimmten schuldlosen Schadensverursachung eine Verpflichtung zur Leistung des Schadensersatzes folge, so legt er eben selbst die Schadensersatzverpflichtung auf; erkennt er es nicht als gerecht an, so fehlt die eine der Prämissen, aus der oben die Rechtsmacht des Aufenthaltsstaats zur Auferlegung von Verpflichtungen gefolgert wurde; auch dem früher geschilderten Zweck der Aufrechterhaltung der öffentlichen Ordnung würde eine solche Verpflichtung nicht dienen, da der Verpflichtete ja eben schuldlos ist. Es tritt dann wieder das Princip in Kraft, dafs privatrechtliche Befehlsmacht nicht dem Aufenthaltsstaat, sondern allein dem Heimatstaat zukommt. Denkbar, ja vielleicht sogar wünschenswert wäre hier eine noch weitergehende Rechtsbildung, aber vorhanden ist sie bisher noch nicht.

Dafs die Schadensersatzverpflichtung aus Delikt nach der lex loci delicti commissi zu beurteilen ist, ergab sich uns aus der Gebietshoheit des Aufenthaltsstaats. Damit ist bereits die Frage entschieden, welcher Ort als Ort der begangenen That zu gelten hat. In Ansehung der privatrechtlichen Folgen kann das nur der Ort sein, wo der Thäter sich im Augenblick seines Handelns körperlich befand. Denn an diesem Ort ist die Thatsache verwirklicht, kraft deren der Staat die Macht hat, ihm Verpflichtungen aufzuerlegen, nämlich die Thatsache eben des Aufenthalts. Die Norm, die für ihn im Augenblick seines Handelns verpflichtende Kraft hatte, war die des Staats, der an dem Ort herrscht, wo er handelte. Gleichgiltig bleibt dabei, ob der schädigende Erfolg, dessen rechtliche Beurteilung in Frage steht, an einem anderen Ort und erst zu einer Zeit eintritt, wo der Handelnde den Ort, an dem er handelte, bereits verlassen hat. Verbot das Gesetz des Orts, an dem er handelte, die Verursachung eines solchen Erfolgs, wie er nachher eingetreten ist, so ist dieses Gesetz auch für den Eintritt der Verpflichtung mafsgebend: aus der Handlung erwuchs sofort die Verpflichtung zum Ersatz des etwa eintretenden Schadens.

β. Befehlsgewalt des Heimatstaats.

Abgesehen also von den beiden bezeichneten Fällen hat der Aufenthaltsstaat keine privatrechtlich wirksame Befehlsgewalt über den Ausländer; vielmehr steht die ganze Befehlsgewalt dem Heimatstaat zu. Die von dem Heimatstaat erlassenen privatrechtlichen

Befehle mufs auch der Aufenthaltsstaat bei sich als zu Recht bestehend behandeln; nur soweit die Befolgung des Befehls durch eine auf dem Gebiet des Aufenthaltsstaats geschehende Handlung sich in Widerspruch setzen würde mit der öffentlichen allgemeinen Ordnung des Aufenthaltsstaats, würde dieser natürlich die Vornahme der Handlung nicht zu dulden brauchen. Insoweit geht allerdings die Gebietshoheit der Personalhoheit vor; aber dies liegt auf dem Boden des öffentlichen Rechts, durch welches hier das Privatrecht nur mittelbar beeinflufst wird.

Die dem Heimatstaat zustehende Befehlsgewalt greift nicht nur da Platz, wo der Aufenthaltsstaat keine Befehlsmacht hat, sondern auch neben der oben näher begrenzten des Aufenthaltsstaats. Da mehrere Verpflichtungen der Regel nach nebeneinander möglich sind, kann der Heimatstaat auch in dem Bereich, in dem er die Befehle des Aufenthaltsstaats als bindend anerkennen mufs, eigne Befehle neben jenen erlassen (nur dafs er mit jenen nicht in Widerspruch treten darf); er kann also die Störungsverbote, die den von ihm verliehenen absoluten Rechten entsprechen, auch gegen die im Ausland weilenden Inländer richten, selbst wenn das Ausland diese absoluten Rechte nicht als bei sich wirksam anerkennt; er kann ferner auch den im Ausland weilenden Inländern, wenn er will, Deliktsobligationen auferlegen, selbst wenn das ausländische Recht die gleiche Handlung nicht unter Deliktsfolge stellt. Denn da er überhaupt Befehlsgewalt über sie hat, so kann er ihnen auch gewisse Handlungen im Ausland verbieten: kann er ihnen ja doch sogar kraft seiner Personalhoheit jede beliebige Obligation ex lege, also auch ohne dafs ein Verschulden vorliegt, auferlegen. In die Machtsphäre des Aufenthaltsstaats greift er damit keineswegs ein. Vom internationalrechtlichen Standpunkt aus ist es unrichtig, in dieser Beziehung die Wirksamkeit der inländischen Verbotsgesetze zu beanstanden[33], sofern am Ort der Vornahme die Handlung erlaubt sei. Und diese Möglichkeit von Verboten gegen im Auslande weilende Inländer ist ganz allgemein denkbar, nicht blofs behufs Schutzes der Urheberrechte, für die allein sie erwogen zu werden pflegt. Thatsächlich ist aber, gerade von diesem bezeichneten Fall abgesehen, an eine soweit gehende Ausdehnung der Verbote fast niemals gedacht, und das beweist, dafs sie nicht zu ver-

[33] was für einen bestimmten Fall v. Bar II S. 241 thut; s. auch Endemann, Gesetz betr. das Urheberrecht S. 19. S. hierzu II Teil, II Buch Kap. V.

muten ist. Im Zweifel vielmehr — und dies trifft auch für die Urheberrechte zu — wird man annehmen dürfen, dafs der Heimatstaat, soweit die Gesetzgebungsgewalt des Auslands über Inländer reicht, nicht einzugreifen gewillt ist; nur wo eine Ausdehnung der Normen auch auf die im Ausland weilenden Inländer wirklich besonders angeordnet ist, darf sie internationalrechtlich als vorhanden angenommen werden.

b. Unmittelbare rechtliche Macht über die Person.

Da, wie wir gesehen haben, der Aufenthaltsstaat nur soweit Macht in Anspruch nimmt, wie das im Interesse seiner öffentlichen Ordnung schlechterdings erforderlich ist, und da andrerseits die Frage, ob eine privatrechtliche Macht über eine ausländische Person besteht oder nicht, für den inländischen Staat, auf dessen Gebiet sich diese Person aufhält, schon wegen der vorübergehenden Natur des Aufenthalts kein wirkliches öffentliches Interesse hat, so bleibt es hier bei dem Vorrang der Personalhoheit: alle Handlungsinhalte, die in privatrechtlicher Beherrschung der Person bestehen, unterliegen allein der Gesetzgebungsmacht des Heimatstaats. Das heifst: dem Heimatstaat steht das staatliche Recht zu, privatrechtliche Macht über die Person sei es dieser Person selbst, sei es einem Anderen einzuräumen, auch während der Zeit, da sie im Ausland verweilt, und jeder ausländische Staat, insbesondere auch der Aufenthaltsstaat, mufs das Bestehen und Neuentstehen einer solchen durch den Heimatstaat verliehenen privatrechtlichen Macht auch bei sich als wirksam anerkennen. Er mufs sie ihrer positiven Seite nach bei sich anerkennen, d. h. er mufs die Machtausübung des durch den Heimatstaat Berechtigten als zu Recht geschehend betrachten — nur soweit wiederum die Ausübung einer solchen privatrechtlichen Macht über die Person wie sie der Heimatstaat verliehen hat, der öffentlichen Ordnung des Aufenthaltsstaats widerstreitet, darf dieser kraft seiner Gebietshoheit die Ausübung verbieten und hindern: dies Verbot liegt indes auf dem Boden des öffentlichen Rechts; hier geht allerdings die Gebietshoheit der Personalhoheit vor. Und er mufs sie auch ihrer negativen Seite nach bei sich anerkennen: er darf also auf seinem Gebiet keinem Einzelnen eine Handlung gestatten, durch welche eine Herrschaft über die fremde Person ausgeübt oder auch nur in den Herrschaftskreis eingegriffen würde, über welchen der Heimatstaat kraft seiner Personalhoheit allein zu verfügen das Recht hat, mag der Heimatstaat nun der Person selbst eine freie Selbstbestimmung über sich gewährleistet oder einem

Dritten Macht über die Person eingeräumt haben. Solche Eingriffshandlungen mufs er allen Personen, denen er allgemeine Verbote geben kann, gerade so verbieten, als wenn er selbst jene Rechtsmacht verliehen hätte. Die vom Heimatstaat erlassenen Störungsverbote wirken also auch im Aufenthaltsstaat, nicht weil der Heimatstaat unmittelbar für das Gebiet des Aufenthaltsstaats wirksame Befehle geben könnte, sondern weil die staatliche Anerkennung der Personalhoheit des Heimatstaats durch den Aufenthaltsstaat zugleich eine Anerkennung der vom Heimatstaat über die Person verliehenen Rechtsmacht und damit auch der entsprechenden vom Heimatstaat erlassenen Störungsverbote in sich schliefst. Hier entsteht nun aber die Schwierigkeit, bestimmen zu müssen, welches denn genauer umgrenzt der Kreis von Handlungsinhalten in Bezug auf die Person sei, über den allein der Heimatstaat zu verfügen das Recht hat, in den kein anderer Staat Eingriffe auf seinem Gebiet dulden darf. Ist es möglich zu sagen, der Auslandsstaat dürfe keinerlei Handlungsinhalte auf seinem Gebiet dulden, durch welche auf die Person des Fremden „eingewirkt" würde? Bei einer solchen Bestimmung wäre thatsächlich die Gebietshoheit für das Privatrecht überhaupt wieder beseitigt: denn welche Handlung könnte in ihrem weiteren Verlauf schliefslich nicht eine Wirkung auf die Person ausüben? Hier mufs also eine Grenze gezogen werden. Die Aufgabe dieser Grenzziehung ist aber, wie sich sofort zeigt, nicht durch logische Erwägungen, sondern nur auf Grund der letztlich dem Gebiet des Völkerrechts angehörigen Anschauung zu lösen, ob eine bestimmte Einwirkung auf die Person indirekt als Eingriff in die ausschliefsliche Personalhoheit des Heimatstaats anzusehen ist oder nicht. Und damit ist auch bereits die Antwort gefunden. Personalhoheit ist Herrschaft über die Person. Demnach müssen auch privatrechtlich Handlungsinhalte in Frage stehen, die sich als privatrechtliche Beherrschung der Person charakterisieren lassen. Über solche Handlungsinhalte zu verfügen ist nur der Heimatstaat befugt. Das heifst also: der ausländische Staat kann keinerlei Handlungsinhalte privatrechtlich gestatten, welche positiv eine Beherrschung der fremden (dem Inland angehörigen) Person enthalten oder, was dasselbe ist, negativ: welche einen Eingriff in die privatrechtliche Herrschaft enthalten, die das inländische Recht über diese Person ihr selbst oder einem Dritten eingeräumt hat. Die privatrechtliche Gestattung solcher Handlungsinhalte durch das Ausland würde ein Eingriff in die staatliche Herrschaft des Heimatstaats sein. In Bezug auf alle sonstigen Handlungsinhalte hingegen, welche nicht als Ausübung

einer Herrschaft über die Person anzusehen sind, wennschon auch sie eine Einwirkung auf die Person enthalten mögen, tritt die Gebietshoheit des Staats wieder in volle Wirksamkeit: jeder Staat kann selbst über sie verfügen, sie erlauben, sie verbieten, ohne daſs er damit in die Personalhoheit des anderen Staats eingriffe. Eine Antastung der Personenherrschaft des Heimatstaats läſst sich darin nicht finden. Diese Grenzziehung zwischen Personalhoheit und Gebietshoheit, je nachdem eine Beherrschung der Person oder ein sonstiger Handlungsinhalt in Frage steht, mag etwas schwankend erscheinen; es wird sich aber ergeben, daſs sie in der praktischen Durchführung kaum irgendwo Zweifeln Raum läſst.

3. Widerstreit zwischen zwei Gebietshoheiten.

Auch der Konflikt der Gebietshoheit des einen und des anderen Staats wiederholt sich in besonderer Anwendung auf die Gewalt zur Privatrechtsgesetzgebung. Besteht die Gebietshoheit des Staats, insoweit sie ausschlieſsliche sachliche Herrschaft über das Gebiet als ein Objekt ist, darin, daſs der Staat beliebige Handlungsinhalte aus der allgemeinen Handlungsfreiheit herauszunehmen, sie einem Einzelnen zu gestatten, allen anderen zu verbieten die Macht hat, so fragt sich nun auch hier: wie weit hat auch in dieser Anwendung die Gebietshoheit des Inlands negative Kraft gegenüber dem Ausland? Selbstverständlich hat das Ausland nicht die Macht, Handlungen auf dem Gebiete des Inlands zu gestatten oder zu untersagen, davon ist hier nicht die Rede; gemeint ist nur: wie weit muſs das Ausland in Anerkennung der privatrechtlichen Anordnungen des Inlands Handlungen auf seinem eignen Gebiet untersagen, durch welche Wirkungen auf dem Auslandsgebiet hervorgebracht würden, die den vom Inland geschützten Interessen zuwiderlaufen? Denkbar wäre ja bei allen beliebigen Handlungsinhalten eine volle negative Wirkung der durch das Inland kraft seiner Gebietshoheit verliehenen Rechtsstellung gegenüber dem Ausland. Wenn Deutschland z. B. einen bestimmten auf die Veröffentlichung und Verwertung eines Schriftwerks bezüglichen Handlungsinhalt auf seinem Gebiet dem einen auszuüben gestattet, allen anderen verbietet (Urheberrecht), so würde man zwar sofort zugeben, daſs der gleiche Handlungsinhalt zu Gunsten des Berechtigten damit nicht auch z. B. in Frankreich monopolisiert wäre, sodaſs also nun ein Franzose auch in Frankreich keinen Nachdruck herstellen und dort verbreiten dürfte. Wohl aber könnte in Frage kommen, ob nicht Frankreich

auf seinem Gebiet alle Handlungen verbieten müfste, durch welche dem deutschen Urheberrecht zuwiderlaufende Wirkungen in Deutschland hervorgebracht würden, insbesondere also die Verbreitung der Nachdrucksexemplare ins deutsche Gebiet hinein.

Indes diese negative Wirkung besteht nicht überall. Vielmehr ist in Konsequenz davon, dafs die negative Wirkung der Gebietshoheit gegenüber fremden Staaten völkerrechtlich überhaupt nur soweit anerkannt ist, wie sie den Charakter rein sachlicher Herrschaft trägt, folgendermafsen zu unterscheiden. Der fremde Staat darf auf seinem Gebiet keine Handlungen gestatten, welche als Eingriff in die aus der Gebietshoheit des Inlands ihrer sachlichen Seite nach abgeleitete Privatherrschaft erscheinen, das heifst hier: in die Privatherrschaft über die inländische Sachwelt, unbewegliche wie bewegliche Sachen (von einem Eingriff in die Personenherrschaft braucht ja nicht gesprochen zu werden, da ein solcher zugleich auch die Personalhoheit des Inlandsstaats verletzen würde). Die inländische, an Private verliehene Sachherrschaft ist also infolge ihrer Anerkennung durch den Auslandsstaat auch dem Ausland gegenüber eine ausschliefsliche, d. h. sie ist auch gegen Verletzungen durch Auslandshandlungen geschützt. Die Gebietshoheit des einen Staats findet ihre Schranken nicht nur an der Personalhoheit des anderen, sondern auch an seiner Gebietshoheit, soweit sie rein sachlichen Charakters ist. In Bezug auf alle anderen Handlungen aber, die also nicht in die Sachherrschaft, sondern in andersartige Interessen eingreifen, besteht eine solche Schranke nicht: das Inland hat hier keinen Anspruch darauf, dafs in den von ihm geschützten Handlungskomplex vom Ausland her jeder störende Eingriff unterbleibe. Der Unterschied zwischen diesen beiden Arten von Eingriffshandlungen ist in seiner Anwendung auf das Privatrecht kaum einer Unsicherheit ausgesetzt. Wird ja doch derselbe Unterschied — Eingriff in die unmittelbare Herrschaft über körperliche Objekte und Eingriff in andersartige Interessen — durchaus auch innerhalb desselben Rechtsgebiets gemacht. Wenn A dem B einen beleidigenden Brief ins Haus schickt, so liegt darin unzweifelhaft keine Verletzung des Eigentums am Hause, obwohl die Handlung auch eine körperliche Wirkung auf die Sache hat. Und ganz analog: wenn der Ausländer Nachdrucksexemplare eines deutschen Werks nach Deutschland schickt, so greift er damit nicht in die deutsche Herrschaft über das Gebiet als solches ein. Eine gegen die völkerrechtliche Abgrenzung der Gebietsherrschaft verstofsende Einwirkung auf das deutsche Gebiet liegt darin nicht, obwohl die

Handlung Wirkungen räumlich auf deutschem Gebiet hat. Jeder Staat kann zwar, weil er über alle auf seinem Gebiet weilenden Personen eine völkerrechtlich anerkannte Macht hat, solche Handlungen auf seinem Gebiet untersagen; er kann sich ebenso auch durch objektive Maſsregeln (wie z. B. durch die Einziehung) gegen die Wirkung von Auslandshandlungen auf sein Gebiet schützen, aber er hat keinen Anspruch darauf, daſs der Nachbarstaat solche Handlungen auf seinem eignen Auslandsgebiet deshalb untersage, weil sie Wirkungen auf dem Inlandsgebiet haben können. Es lieſse sich ja eine völkerrechtliche Herrschaftsteilung denken, bei der auch die immateriellen Güter der Herrschaft des einen und des anderen Staats allein zugewiesen wären, davon ist aber keine Rede und wird nie die Rede sein. Es würde damit auch zu stark in die Souveränetät der einzelnen Staaten eingegriffen. Die Beschränkung der allgemeinen Handlungsfreiheit durch die Respektierung ausländischer Personen und Sachen ist verhältnismäſsig nicht groſs, weil sie nur bestimmte, gerade auf diese Raumpunkte bezügliche Handlungen verbietet; bei den immateriellen Gütern aber, die zu gleicher Zeit an jedem Raumpunkt verletzbar sind, wäre sie unerträglich. Der richtige Weg zur Stärkung des Schutzes dieser anderen Güter ist vielmehr ein anderer: der einer internationalen Vereinbarung. Wir kommen darauf an anderer Stelle zurück.

Wir waren zu dem Satz gelangt: jeder Staat hat ausschlieſsliche Privatrechts-Gesetzgebungsgewalt in Bezug auf alle Handlungsinhalte, welche eine Beherrschung von Sachen, die auf seinem Gebiet liegen, enthalten; die vom Inland verliehene Herrschaft über inländische Sachen ist also auch gegen Eingriffe vom Ausland her geschützt. Indes hier bleibt noch eine Schwierigkeit. Im Verkehr ist es unmöglich, die Anerkennung einer Sachherrschaft so durchzuführen, daſs dem Dritten jeder unmittelbare Eingriff in diese Sachherrschaft schlechthin verboten wäre: ein gewisses Maſs von Einwirkung ist im Verkehr unvermeidlich. Man denke nur innerhalb der einzelnen Rechtsordnung an die Nachbarrechtsbeschränkungen. Die Rechtsordnung setzt nun fest, welche Machtfülle eine von ihr verliehene Sachherrschaft gegenüber fremden Eingriffen gewährt und wie weit solche geduldet werden müssen. Hier ist es aber denkbar, daſs das inländische Recht die Machtfülle der von ihm verliehenen Sachherrschaft, die Grenze also zwischen dem, was an fremden Eingriffen zu dulden und nicht zu dulden ist, anders bestimmt als das ausländische Recht. Daraus würde sich dann ergeben können, daſs das inländische Recht in einer bestimmten, auf eine inländische

Sache einwirkenden Handlung eine unzulässige Störung der von ihm verliehenen Sachherrschaft erblickt, das Recht des ausländischen Staats, auf dessen Gebiet die Störungshandlung geschehen ist, nicht. Hier liegt ein Konflikt vor, aber man begreift sofort, dafs er nicht dem internationalen Privatrecht zur Last fällt, sondern sich als Folge aus einer nicht völlig gelungenen völkerrechtlichen Herrschaftsabgrenzung ergiebt: das Ausland erkennt inländische Störungsverbote nur soweit an, wie es die Gebietsmacht des Inlands anerkennt, gerade diese letztere zur Grundlage dienende Anerkennung wird aber vom Ausland in geringerem Mafse gewährt, als sie vom Inland in Anspruch genommen wird. Da übrigens die soeben gekennzeichnete Frage ihre Bedeutung nur auf dem Gebiete des Sachenrechts hat — hier hat sie zu interessanten Prozessen Anlafs gegeben —, soll sie erst im Sachenrecht (Teil II, Buch II, Kap. I) näher besprochen werden.

4. Ergebnis.

Das Ergebnis der vorstehenden Untersuchungen ist dies:

Wie die Herrschaft des Staats überhaupt nach Personen und nach Gebiet abgegrenzt ist, so ist es vom völkerrechtlichen Standpunkt aus auch der Bereich, innerhalb dessen er Gesetzgebungsgewalt in privatrechtlichen Dingen hat, kürzer gesagt der Herrschaftsbereich seiner Privatrechtsordnung. Auch dieser Herrschaftsbereich ist ein persönlich und örtlich abgegrenzter.

Jeder Staat herrscht kraft seiner Personalhoheit über die ihm angehörigen Personen, mögen sie im Inland oder Ausland weilen. Das hat eine doppelte Bedeutung, eine persönliche: er kann ihnen Befehle zu Leistungen positiver oder negativer Art erteilen, eine sachliche: er kann alle Handlungsinhalte, die sich als Herrschaft über die Person charakterisieren, erlauben und verbieten.

Jeder Staat herrscht ferner kraft seiner Gebietshoheit einmal auf seinem Gebiet. Das heifst: er kann alle Handlungsinhalte auf seinem Gebiet untersagen und erlauben, sofern diese Handlungsinhalte nur nicht einen Eingriff in die Herrschaft eines anderen Staats über seine eignen Angehörigen und über sein eignes Gebiet (nebst den darauf befindlichen beweglichen Sachen) enthalten. Und es heifst ferner: er kann allen auf seinem Gebiet sich aufhaltenden Personen, auch den Ausländern, Befehle zu Leistungen positiver oder negativer Art erteilen; diese Befehlsgewalt tritt indes hinter der des Heimatstaats soweit zurück, dafs er einem bestimmten Aus-

länder eine bestimmte Leistung nur dann anbefehlen kann, wenn es sich um Leistung des Schadensersatzes aus Delikt handelt.

Jeder Staat beherrscht endlich kraft seiner Gebietshoheit sein Gebiet auch als ein sachliches Objekt und darum auch die beweglichen Sachen, die sich auf diesem Gebiet befinden; er beherrscht sie in demselben Sinne, wie er kraft seiner Personalhoheit eine unmittelbare Rechtsmacht an den ihm angehörigen Personen hat, d. h. auch hier: er allein hat die Macht, alle beliebigen Handlungsinhalte, die sich als Beherrschung des Gebiets und der darauf befindlichen beweglichen Sachen charakterisieren, zu erlauben und zu untersagen.

In anderer Zusammenfassung lautet das:

Erstens: jeder Staat kann den ihm kraft Personalhoheit oder Gebietshoheit unterworfenen Personen Einzelbefehle erteilen, kraft Gebietshoheit indes nur, soweit infolge verbotener Handlungen Schadensersatz geleistet werden soll.

Zweitens: jeder Staat beherrscht (d. h. .kann allein erlauben und untersagen) alle Handlungsinhalte,

1) die sich auf sein Gebiet als Sache und die auf diesem Gebiet befindlichen beweglichen Sachen beziehen, soweit sie als eine Herrschaftsausübung über diese Sachen aufzufassen sind, gleichgiltig, wo diese Handlungsinhalte ausgeübt werden,
2) die sich auf die ihm angehörigen Personen beziehen, soweit sie als eine Herrschaftsausübung über diese Personen aufzufassen sind, gleichgiltig, wo diese Handlungsinhalte ausgeübt werden,
3) er beherrscht alle beliebigen Handlungsinhalte, die auf seinem Gebiet geschehen, soweit sie nicht Herrschaftsausübung über Personen oder Gebiet eines fremden Staats oder über die auf dem Gebiet eines fremden Staats befindlichen Sachen sind.

Nun sahen wir früher: alle subjektiven Privatrechte sind durch Befehle und Erlaubnisse des Staats hergestellt. Kennen wir also den sachlichen Bereich, innerhalb dessen der Staat völkerrechtlich wirksam Befehle und Erlaubnisse geben kann, so kennen wir auch den Bereich, innerhalb dessen er subjektive Privatrechte verleihen kann. Wir wiederholen nur das soeben formulierte Ergebnis, wenn wir nunmehr, den Begriff des subjektiven Rechts einsetzend, sagen:

Jeder Staat kann subjektive Privatrechte an wen er will erteilen dadurch, dafs er Leistungsbefehle an seine Angehörigen erteilt; Befehle zur Leistung von Schadensersatz aus Delikt kann er auch den sich bei ihm aufhaltenden Ausländern erteilen.

Jeder Staat kann ferner subjektive Privatrechte an wen er will erteilen, die in einer privatrechtlichen Macht unmittelbar an ihm staatsangehörigen Personen oder an den unbeweglichen und beweglichen Sachen, welche sich in den Grenzen seines Gebiets befinden, bestehen; er kann endlich für jeden beliebigen sonstigen Handlungsinhalt auf seinem Gebiet ein Recht erteilen.

Alle Rechte aber, die der Staat geben kann, kann er auch nehmen.

Dies ist der sachliche Herrschaftsbereich des Staats in Bezug auf privatrechtliche Gesetzgebung oder kürzer der Privatrechtsordnung des Staats, das heifst der Bereich, innerhalb dessen seine Privatrechtsordnung nach völkerrechtlichen Grundsätzen wirksame Anordnungen treffen kann. Sofern der Staat nicht, was ihm frei steht, für seine Privatrechtssätze einen engeren Herrschaftskreis, sei es in Bezug auf Personen, sei es in Bezug auf das Gebiet, festsetzt, ist der gezeichnete Bereich, innerhalb dessen seine Rechtsordnung herrschen kann, auch der, innerhalb dessen sie wirklich herrscht. Statt Herrschaftsbereich in diesem Sinne können wir Geltungsbereich sagen, und damit kommen wir auf den Begriff des „örtlichen Geltens“ zurück, den wir bei Beginn des jetzt durchschrittenen Weges verliefsen.

Wenn der Begriff des Geltens überhaupt, wie früher gesagt wurde, dies bedeutet, dafs die vom Gesetz angeordneten Rechtswirkungen sich dem Gesetz gemäfs vollziehen, dann eintreten, wenn das Gesetz sie will, dann nicht eintreten, wenn das Gesetz sie versagt, dafs also der Erwerb und Verlust subjektiver Rechte so erfolgt, wie es dem in der Rechtsordnung ausgesprochenen staatlichen Willen gemäfs ist, so wissen wir nunmehr, wie weit die mehreren nebeneinanderstehenden staatlichen Rechtsordnungen jede für sich gelten können: jedes Gesetz kann eben nur gelten für den im Vorstehenden abgegrenzten persönlichen und räumlichen Herrschaftsbereich des Staats, der es erläfst. Der Ausdruck „örtliche Geltung“ darf, um sinnvoll zu sein, nichts anderes als dies bedeuten. Hergenommen ist er von der Gebietshoheit des Staats; dafs es auch einen nach Personen abgegrenzten Herrschaftsbereich des Staats giebt, ist dabei zunächst aufser Acht gelassen. Will man den Ausdruck also als allgemeinen verwenden, mufs man sich immer seinen komplizierten Sinn gegenwärtig halten: örtlich (für ein Gebiet) gelten heifst mafsgebend sein für alle Wirkungen in Bezug auf subjektive Rechte, die aus der Gebietshoheit über dieses Gebiet abgeleitet sind, und, so müssen wir hinzusetzen, die aus der

Personalhoheit des auf diesem Gebiet existierenden Staats abgeleitet sind, aus der staatlichen Herrschaft also über die Personen, die dem auf diesem Gebiet herrschenden Staat angehören. Demnach hat der Ausdruck keinen eignen Wert, wenn Staatsgebiet und Rechtsgebiet — wie es in diesen Erörterungen immer vorausgesetzt ist — zusammenfallen; der Geltungsbereich des Rechts ist hier eben der Herrschaftsbereich des Staats. Erst dann wird er eigens brauchbar, ja schwer entbehrlich, wenn innerhalb desselben Staats Rechtsverschiedenheiten bestehen: der Geltungsbereich ist hier enger als der Herrschaftsbereich des Staats. In welcher Weise dann die dem Staat angehörigen Personen unter die Herrschaft der mehreren Rechtsordnungen verteilt sind, mufs der Staat besonders bestimmen. Örtliche Geltung in einem Teil des Staats bedeutet hier zunächst blofs, dafs, soweit die Herrschaft der Rechtsordnung nach dem Gebiet abgegrenzt werden mufs, gerade dieses bestimmte Gebiet in Betracht kommen soll. Im dritten Buch wird hiervon näher die Rede sein; für jetzt denken wir immer noch Staatsgebiet und Rechtsgebiet als zusammenfallend.

V. Das Princip des internationalen Privatrechts.

1. Das Princip selbst.

Im Vorstehenden ist der Bereich umgrenzt, innerhalb dessen der einzelne Staat nach Völkerrechtsgrundsätzen ausschliefslich berechtigt ist, subjektive Rechte zu verleihen und ebenso auch zu nehmen. Damit ist aber das Problem des internationalen Privatrechts bereits gelöst: die hypothetische Lösung, die oben S. 77 aufgestellt wurde, ist in eine kategorische verwandelt. Wir haben nur nötig, jenes Ergebnis in umgekehrter Richtung zu verwerten. Bei jedem Rechtsstreit handelt es sich, wie wir wissen, um die Frage, ob ein bestimmtes subjektives Recht erworben oder verloren sei. Diese Frage mufs nun immer und ausschliefslich nach der Rechtsordnung desjenigen Staats beurteilt werden, der die völkerrechtlich anerkannte Rechtsmacht hatte, ein solches subjektives Recht zu verleihen und darum auch zu nehmen; und zwar mufs der Staat diese Rechtsmacht selbstverständlich zu der Zeit gehabt haben, da der behauptete Erwerb oder Verlust eingetreten sein soll. Von diesem subjektiven Recht, dessen Erwerb oder Verlust in Frage steht, mufs man bei jedem Internationalrechtsfall als dem Gegebenen ausgehen; je nach

der Art dieses subjektiven Rechts bestimmt sich, welche Rechtsordnung für die Entscheidung des Rechtsfalls mafsgebend ist. Wir müssen also behufs der internationalrechtlichen Entscheidung immer nur das ermitteln: welches ist der Staat, dessen Rechtsordnung völkerrechtlich genommen allein die Macht hatte, ein solches subjektives Recht, wie es hier in Frage steht, zu verleihen oder zu nehmen? Und diese Ermittlung ist nunmehr ohne weiteres möglich. Denn völkerrechtliche Herrschaft des Staats und subjektives Privatrecht stehen in bestimmter Relation miteinander; wie man von jener aus den Kreis der von ihr abhängigen subjektiven Rechte bestimmen kann — das war der bisher eingehaltene Weg —, so kann man umgekehrt von dem subjektiven Recht aus die völkerrechtliche Herrschaft desjenigen Staats ermitteln, von dem allein es abhängen kann — in dieser umgekehrten Richtung geht die Entscheidung jedes Internationalrechtsfalls vor. Oder anders ausgedrückt: kann man bestimmen, welches der Kreis von denkbaren subjektiven Rechten ist, die jeder einzelne Staat durch seine Rechtsordnung zu verleihen die Macht hat, so kann man umgekehrt auch für jedes konkrete subjektive Recht denjenigen Staat bestimmen, durch dessen Rechtsordnung allein es verliehen sein kann. Hieran läfst sich in der That nicht zweifeln; beides ist ja völlig kongruent miteinander. Man bemerke wohl die Formulierung des Princips. Natürlich läfst sich die mafsgebende Rechtsordnung nicht dadurch ermitteln, dafs man zuerst feststellt: welches subjektive Recht besteht hier? Das wäre ein grobes hysteron proteron; denn um zu wissen, ob ein subjektives Recht besteht, mufs man bereits die Rechtsordnung kennen, nach der es zu beurteilen ist; man setzt also voraus, was man erst sucht. Die in diesem Buch aufgestellte Theorie vermeidet aber diesen Fehler. Wir gehen bei der Ermittlung der mafsgebenden Rechtsordnung lediglich von dem Inhalt des im Rechtsstreit behaupteten Rechts aus — dieser Inhalt ist durch den Rechtsstreit selbst gegeben —, und fragen nunmehr: welche Rechtsordnung würde ein solches Recht schaffen können?

Wiederum wäre es nun ein Fehler und aufs neue ein hysteron proteron, wollten wir für die Ermittlung der mafsgebenden Rechtsordnung einen Unterschied der behaupteten subjektiven Rechte zu Grunde legen, der erst durch die positive Privatrechtsordnung geschaffen ist, in der einen positiven Rechtsordnung also so, in der anderen anders ausgebildet sein oder gar fehlen könnte. Denn wir würden dann wiederum für die Bestimmung der Art des subjektiven

Rechts die Rechtsordnung bereits kennen müssen, die wir doch erst suchen wollen. Aber auch diesen Fehler vermeidet die Theorie dieses Buches. Freilich sind die subjektiven Rechte Gebilde, die erst durch die einzelne Rechtsordnung und keineswegs in jeder Rechtsordnung mit gleicher Eigenart geschaffen werden. Die Unterscheidung der subjektiven Rechte aber, auf die wir die internationalrechtlichen Entscheidungen gründen, ist durch die positive völkerrechtliche Machtabgrenzung der Staaten, und darum für jeden Staat gleichmäfsig gegeben. Da alle subjektiven Rechte aus der völkerrechtlich anerkannten Herrschaft des Staats als ihrer Quelle abgeleitet sind, mufs sich für jedes von ihnen seinem beanspruchten Inhalt nach entscheiden lassen, aus welcher Art der Herrschaft und darum aus der Herrschaft welches Staats es abgeleitet sein würde. Wir teilen die subjektiven Rechte je nach der Art der staatlichen Herrschaft ein, aus der sie ableitbar sind. Gleichgiltig demnach, wie in den einzelnen Rechtsordnungen der Inhalt der einzelnen subjektiven Rechte ausgemessen ist, und noch gleichgiltiger, wie sie benannt sind: dieser Einteilung müssen sie sich alle fügen. Welche Macht der Staat innerhalb seiner Machtsphäre durch Erteilung eines subjektiven Rechts gewähren will, das ist Sache seiner Freiheit; welches aber die Machtsphäre ist, innerhalb deren er subjektive Rechte gewähren kann, das ist für ihn Sache völkerrechtlicher Notwendigkeit.

2. Das für die einzelnen Arten subjektiver Rechte mafsgebende Statut.

Es ist nun zwar streng genommen nicht Aufgabe der allgemeinen Grundlegung, sondern gehört erst ins angewandte internationale Privatrecht, die in den einzelnen positiven Rechtsordnungen wirklich vorkommenden subjektiven Rechte unter dem Gesichtspunkt ihrer Ableitbarkeit aus der Herrschaft des Staats zu prüfen und danach die für jede einzelne Art mafsgebende Rechtsordnung zu bestimmen. Da indes gemäfs dem vorstehend entwickelten Princip die Entscheidung jeder einzelnen internationalrechtlichen Frage immer davon abhängt, um welche Art von subjektivem Recht es sich handelt, ist es des Fortgangs der Untersuchung halber nützlich, bereits an dieser Stelle die Hauptarten der wirklich vorkommenden subjektiven Rechte, die unmittelbar aus der staatlichen Herrschaft abgeleitet sind, nach diesem für ihre internationalrechtliche Behandlung entscheidenden Gesichtspunkt geordnet vorzu-

führen, und so die für jede von ihnen mafsgebende Rechtsordnung zu bestimmen, indem wir dabei namentlich die im gemeinen deutschen Recht vorkommenden subjektiven Rechte heranziehen; den sachlichen Grundgedanken nach mufs die folgende Darstellung eine Wiederholung der früheren Erörterungen sein, nur vom entgegengesetzten Standpunkte aus. Und das läfst sich dabei voraussagen: da die Rechtsmacht des Staats, ein subjektives Recht zu verleihen oder zu nehmen, immer nur auf seiner Personalhoheit oder seiner Gebietshoheit (als Macht auf dem Gebiet und über das Gebiet) beruht, so kann auch für die Beurteilung eines jeden behaupteten snbjektiven Rechts und damit eines jeden Rechtsfalls immer nur entweder die Rechtsordnung des Staats, auf dessen Personalhoheit, oder des Staats, auf dessen Gebietshoheit das subjektive Recht beruhen würde, in Frage kommen, niemals eine andere; nur zwischen diesen beiden ist zu wählen.

Wir bezeichnen im folgenden das mafsgebende objektive Recht, um einen kurzen Ausdruck zu haben, der zugleich die Verwechslung ausschliefst, welche durch die Doppeldeutigkeit des Worts Recht als objektives und subjektives Recht möglich gemacht wird, auch als das mafsgebende Statut; weil die Bestimmung des mafsgebenden Statuts von der Art des subjektiven Rechts, auf das sich die Rechtswirkung bezieht und demnach, da ja das subjektive Recht, auf das sich die Rechtswirkung bezieht, ein Merkmal der einzelnen Rechtswirkung bildet, von der Art der Rechtswirkung selbst abhängt, nennen wir das mafsgebende Statut auch allgemein das Wirkungsstatut.

Das mafsgebende Statut ist im Einzelnen folgendes.

a. Für alle Rechte, welche Herrschaft über einen Handlungsinhalt in Bezug auf eine Person, kürzer welche eine unmittelbare Herrschaft an einer Person gewähren, sei es dieser Person selbst sei es einer anderen, und ebenso für alle Rechte, welche eine Macht über die Leistung einer bestimmten Person gewähren, ist die Rechtsordnung des Staats mafsgebend, dem die kraft des subjektiven Rechts beherrschte Person „angehört", ihr „Heimatstaat"; denn über Personen übt derjenige Staat die Herrschaft aus, der Personalhoheit über sie hat, und das ist eben ihr Heimatstaat. Wir nennen die Rechtsordnung des Heimatstaats das Heimatrecht der Person oder ihr Personalstatut. Personalstatut bedeutet also in dem

Sinne, in dem es hier gebraucht wird, nicht etwa denjenigen Teil einer beliebigen Rechtsordnung, der sich mit den persönlichen Rechtsverhältnissen (in irgend einer näher zu bestimmenden Abgrenzung) beschäftigt, sondern es bedeutet die gesamte Rechtsordnung desjenigen Staats, welchem die Person angehört, an der oder gegen die das bei dem Rechtsfall streitige Recht bestehen soll.

Im Einzelnen kommen hier folgende subjektive Rechte in Betracht:

α. Obligationen.

Die Obligation beruht auf einem Leistungsbefehl der Rechtsordnung an den Schuldner; einen wirksamen Leistungsbefehl an diesen kann aber (mit einer Ausnahme) nur die Rechtsordnung des Staats, dem der Schuldner angehört, sein Personalstatut erlassen. Soll freilich die Leistung im Ausland erfolgen, so kann eine Unmöglichkeit der Leistung dadurch eintreten, dafs der Auslandsstaat eine solche Handlung, wie sie die Leistung darstellt, bei sich verbietet. Ob in solchem Falle die Obligation nichtig ist oder ob sie sich in eine Obligation anderen Inhalts verwandelt, das hat wiederum das Personalstatut zu bestimmen.

Nur für die aus privatrechtlichem Delikt entspringenden Schadensersatz-Obligationen ist das Gesetz des Gebiets mafsgebend, in dem die deliktische Handlung vollzogen ist (lex loci delicti commissi, Gesetz des Handlungsorts, Handlungs- oder Deliktsstatut); denn insoweit ist völkerrechtlich anerkannt, dafs der Aufenthaltsstaat kraft seiner Gebietshoheit auch den Ausländern wirksame privatrechtliche Befehle erteilen kann. In eben diesem Umfange zieht sich die Personalhoheit des Heimatstaats zurück, sodafs also, wenn die lex loci delicti commissi die Handlung nicht als Delikt ansieht, das Personalstatut doch, keine Obligation entsteht. Indes kann das Personalstatut in einem solchen Falle durch besondere Anordnung auch gegen einen im Ausland delinquierenden Inländer Obligationen entstehen lassen; zu vermuten ist eine derartige Gesetzesanordnung nicht.

β. Rechte an fremden Personen.

Rechte an fremden Personen kommen als Familienrechte (eheliches Recht, elterliche Gewalt, Vormundschaft) vor und in einigen Staaten auch als rein selbstnützige Herrschaftsrechte (Unfreiheit). Da aber die fortgeschrittenen Kulturrechte persönliche Unfreiheit nicht mehr anerkennen, können wir diese letzteren Personenrechte aus der Untersuchung ausscheiden. Jedes Recht an fremder Person ist ebenfalls abgeleitet aus dem Herrschaftsverhältnis des Staats

selbst zu der Person, an der das Recht bestehen soll. Dasein und Inhalt dieser Rechte ist also stets nach dem Heimatrecht der unterworfenen Person zu beurteilen, gleichgiltig wo sich die kraft des subjektiven Rechts beherrschte Person auch befinden mag, ob im Inland oder Ausland.

Inhaltlich haben sie wie alle absoluten Rechte eine doppelte Bedeutung, eine positive und eine negative. Die negative Bedeutung besteht darin, dafs sie alle dritten Personen von einer die Herrschaft des Berechtigten störenden Einwirkung auf die unterworfene Person ausschliefsen. Die positive Bedeutung ist zweifach oder kann wenigstens zweifach sein. Dem Berechtigten sind kraft seines Rechts an der fremden Person bestimmte Handlungen gestattet (man denke z. B. an das elterliche Züchtigungsrecht); da aber die kraft des Rechts an ihr unterworfene Person selbst schon eine eigne willensfähige Person sein kann, so unterwirft das Recht an der fremden Person, soweit es reicht, dem Berechtigten auch den Willen dieser Person, welche Gegenstand des Rechts ist; es richtet sich an sie mit eignen Geboten und Verboten.

Wenn nun für die Rechte an fremder Person das Personalstatut mafsgebend sein soll, so bedeutet das dieser Analyse gemäfs im einzelnen folgendes:

1) was die negative Seite des Rechts angeht: die Störungsverbote, welche dem subjektiven Recht entsprechen, richten sich gegen Ausländer im Ausland so gut wie gegen Inländer, mag die kraft des subjektiven Rechts beherrschte Person im Inland oder Ausland sich aufhalten. Gewifs hat der inländische Staat keine Befehlsgewalt über Handlungen von Ausländern im Ausland; aber da — das war ja die Voraussetzung aller unserer Erörterungen — jeder Staat die Souveränetät des anderen in seinem völkerrechtlich bestimmten Herrschaftskreise anerkennt, also auch die Personalhoheit des fremden Staats über seine Angehörigen und folgeweise die aus dieser Personenherrschaft abgeleiteten subjektiven Rechte, so mufs er auch — sonst wäre diese Anerkennung wieder negiert — die Störung des Berechtigten in seinem Recht allen seiner staatlichen Macht unterstehenden Personen verbieten, und dabei bleibt gleichgiltig, ob der Berechtigte im Inland oder Ausland weilt, ob also die Handlung vom Ausland her gegen den Berechtigten, während er im Inland oder während er im Ausland ist, erfolgt. In der Anerkennung der fremden rechtlichen Herrschaft liegt zugleich die Anerkennung der fremden Störungsverbote als eigener, eins ohne das andere ist nicht zu denken; jeder Staat mufs diese Folgerung ziehen, weil er sonst die

von ihm selbst anerkannte Prämisse leugnen würde. Nicht also weil das Inland etwa Befehlsgewalt gegenüber im Ausland weilenden Ausländern in Anspruch nähme, wirken die dem subjektiven Recht entsprechenden Störungsverbote auch gegen das Ausland, sondern weil das Ausland selbst durch die Thatsache, dafs es den anderen Staat völkerrechtlich anerkennt, diese Störungsverbote erläfst. Und eben weil diese Störungsverbote eine einfache Folge der anerkannten Herrschaft des fremden Staats und daher auch der vom fremden Staat innerhalb seiner Machtsphäre eingeräumten Rechte sind, eine auf der fremden staatlichen Herrschaft beruhende Begleiterscheinung, kommen sie uns gewöhnlich nicht gesondert zum Bewufstsein; sie werden überall stillschweigend mitgedacht, nirgends besonders erwähnt.

2) was die positive Seite des Rechts angeht: das inhaltliche Mafs der Handlungen, welche der Berechtigte in Bezug auf die Person, an der er das Recht hat, vornehmen darf, und ebenso die Gebote und Verbote an diese unterworfene Person richten sich nach ihrem Heimatrecht, auch wenn sie sich im Ausland befindet; sie sind also nicht in höherem Mafs geltend zu machen als das Heimatrecht sie gewährt, selbst wenn die Rechtsordnung des Aufenthaltsstaats mehr Rechte gewähren sollte; sie sind aber auch nicht in geringerem Mafs geltend zu machen, selbst wenn die Rechtsordnung des Aufenthaltsstaats nur eine geringere Machtfülle gewährt.

Die vorstehenden Sätze sind nun zwar, sofern man den völkerrechtlichen Standpunkt dieses Buches überhaupt teilt, theoretisch wohl als folgerichtig anzuerkennen. Ihr praktischer Wert, sowohl de lege ferenda wie behufs Ausfüllung von Lücken des positiven Rechts, ist indes sehr eingeschränkt. Gerade bei den Rechten an fremden Personen beruhen die Verschiedenheiten der materiellen Rechtsordnungen in weitem Mafs auf Differenzen der ethischen Grundanschauungen: soweit das aber der Fall ist, wird der eine Staat den Rechtssätzen des anderen Staats bei sich keine Folge geben, das heifst, er wird dem Recht an der fremden Person, das ein anderer Staat verliehen hat, dann und soweit die Anerkennung, nach der negativen wie nach den geschilderten positiven Seiten hin, versagen, wenn und wieweit die Verleihung eines Rechts jenes Inhalts seinen eignen ethischen Grundanschauungen widerspricht; die nähere Begrenzung dieses Grundsatzes wird an anderer Stelle erfolgen. Ja er kann dann dazu fortschreiten, nicht blofs die Störungsverbote gegen Dritte und die speciellen Gebote und Verbote gegen die gewaltunterworfne Person nicht anzuerkennen und

darum nicht zu realisieren, sondern sogar die positive Ausübung jenes durch das Personalstatut verliehenen Rechts (z. B. die Züchtigung der Frau durch den Ehemann, welche das Personalstatut etwa erlauben sollte) öffentlichrechtlich zu verbieten. Damit ist dann ein internationalrechtlicher Konflikt gegeben — der eine Staat beansprucht Anerkennung einer weitergehenden Herrschaft als der andere gewähren will —, ein Konflikt, dessen Beseitigung schliefslich nur auf Grund einer Ausgleichung der ethischen Anschauungen zu lösen ist. Die Durchsetzung der völkerrechtlich begründeten internationalprivatrechtlichen Sätze bricht sich hier an der Unvollkommenheit des materiellrechtlichen Inhalts der fremden Rechtssätze.

γ. Sogenannte Rechte an der eignen Person.

So gut wie die Rechtsordnung einen Handlungsinhalt, der sich als Beherrschung einer fremden Person charakterisiert, zu Gunsten eines Dritten monopolisieren, diesem also ein Recht an einer fremden Person verleihen kann, könnte sie ihn auch zu Gunsten der beherrschten Person selbst monopolisieren: dieser Person selbst würde die Verfügungsgewalt über jenen Handlungsinhalt eingeräumt, sodafs sie zugleich Objekt und Subjekt des Rechts wäre. Die Person würde damit ein 'Recht an der eignen Person' verliehen erhalten. Solche Rechte wären nach der früheren Darlegung allein aus der Herrschaft des Heimatstaats über die ihm angehörige Person ableitbar und müfsten also ausschliefslich nach dem Personalstatut der zugleich berechtigten und beherrschten Person beurteilt werden.

In diese Klasse von Rechten würden keineswegs alle die gehören, die man in der neueren Theorie als 'Persönlichkeitsrechte' bezeichnet. Der Begriff der Persönlichkeitsrechte ist ohne fest abgegrenzten Inhalt. Es sollen Rechte sein, durch die Persönlichkeitsgüter geschützt werden — indes alle Güter sind schliefslich ihrem psychologischen Wesen nach nur Güter in Bezug auf eine Person, für die sie Güter sind, sind also insofern Persönlichkeitsgüter; wird doch neuerdings der gesamte Bereich der Immaterialgüter mit zu den Persönlichkeitsgütern gezählt. Das ist schliefslich eine Mafsfrage: im allgemeinen spricht man da von Persönlichkeitsrechten, wo das geschützte Gut zu der Person in einer „näheren“ Beziehung steht. Zu den nach dem Personalstatut zu beurteilenden Rechten an der eignen Person würden aber nur diejenigen Persönlichkeitsrechte gehören, bei denen ein Handlungsinhalt monopolisiert ist, der wirklich als Beherrschung der Person aufzufassen ist, dergestalt

also, dafs dieses selbe Recht einem Dritten zustehend als Recht an fremder Person anzusehen wäre, oder anders ausgedrückt, dafs ein Eingriff eines Anderen in dieses Recht an der eignen Person eine Herrschaftsanmafsung des Anderen über die Person wäre. Zu diesen Rechten an der eignen Person würden zu zählen sein die Rechte in Bezug auf Leib, Leben und Freiheit; auch das Recht auf Ehre dürfte vielleicht noch hierher gestellt werden. Während diese Rechte nach dem Personalstatut zu beurteilen wären, würde für alle Persönlichkeitsrechte, bei denen Handlungsinhalte monopolisiert sind, die nicht als „Beherrschung" der eignen Person aufgefafst werden können, wie z. B. für das Recht zur Führung eines bestimmten Familiennamens, ja fast für alle sog. „Individualrechte", nicht das Personalstatut mafsgebend sein, sondern die Rechtsordnung jedes Gebiets für sich; von ihnen ist daher erst später zu handeln.

Die Geltung des Personalstatuts für die Rechte an der eignen Person würde nun bedeuten: diese bestimmte Persönlichkeitssphäre wird der Person rechtlich gewährleistet nicht nur so lange sie im Inland, sondern auch wenn sie im Ausland verweilt. Das heifst, da der Inhalt dieser Rechte nicht sowohl in einem Selbsthandelndürfen als in dem Ausschlufs der unbestimmten Vielheit Anderer von einer Störung der Person besteht: auch die der fremden Staatsgewalt unterworfnen Personen müssen sich einer Störung dieser Persönlichkeitsrechte enthalten. Und zwar wiederum nicht deshalb, weil etwa der Heimatstaat der Person auch Ausländern Befehle geben könnte, sondern weil der Auslandsstaat selbst die nötigen Verbote erläfst: indem der Auslandsstaat die Macht des Inlands über seine Angehörigen, auch wenn sie im Ausland weilen, anerkennt, mufs er auch die aus dieser Macht unmittelbar abgeleitete privatrechtliche Freiheitssphäre des fremden Staatsangehörigen bei sich als zu Recht bestehend anerkennen und durch die entsprechenden Störungsverbote auf seinem eignen Gebiet, seinen Unterthanen wie Fremden gegenüber, schützen, also dafür sorgen, dafs Niemand sich eine diesen Rechten widersprechende Herrschaft über die fremde Person anmafse.

Nur Eins ist hier hinzuzufügen. Wie der Auslandsstaat überhaupt beliebige Handlungsinhalte mit Wirksamkeit für sein eignes Gebiet monopolisieren kann, sofern er damit nur nicht in unzulässiger Weise in die Herrschaft eines anderen Staats eingreift, so kann er auch unzweifelhaft dem Fremden eine noch weitere Sphäre privater Persönlichkeitsrechte einräumen, als dessen Heimatstaat sie schützt: er darf unter das vom Heimatstaat gewährte Mafs des

Rechts nicht hinuntergehen, wohl aber über es hinaus, sofern er damit nur nicht etwa Rechten, welche der Heimatstaat Dritten an dieser Person verliehen hat, widerspricht. In solcher Zubilligung weitergehenden Rechtsschutzes liegt ja keine Anmafsung der Herrschaft über diese Person, da derjenige, dem das Recht erteilt wird, und derjenige, der kraft des Rechts beherrscht werden soll, eine und dieselbe Person sind.

Diese ganze Erörterung über die Geltung des Personalstatuts für die sogen. Rechte an der eignen Person ist theoretisch auf Grundlage unseres Princips zweifellos; sie mufste auch angestellt werden, weil sonst die richtige Grenze gegenüber den andern Persönlichkeitsrechten nicht zu gewinnen war, die nach Gebietsstatut zu beurteilen sind. Hingegen für die sogen. Rechte an der eignen Person selbst ist sie praktisch bedeutungslos: solche Rechte kommen nämlich als wahre Privatrechte in den modernen Rechtsordnungen, soviel wir sehen können, thatsächlich nicht vor. Es mag in anderer Beziehung eine bequeme Ausdrucksform sein, hier von subjektiven Privatrechten zu reden: für das internationale Privatrecht mindestens ist das irreführend. Denn der Klagschutz, in dem sich diese subjektiven Rechte wirksam erzeigen sollen, ist in den modernen Rechten, in denen die Persönlichkeit jedes Menschen anerkannt ist, nirgends an das Dasein „subjektiver Rechte“ geknüpft. Civilrechtliche Klagen, welche den unmittelbaren Schutz dieser Rechtsgüter bezweckten, also bei Freiheitsentziehung auf Freilassung, bei Körperverletzungen auf künftiges Unterlassen der Körperverletzung gingen, fehlen ganz[34] oder würden doch jedenfalls nicht auf die Behauptung eines subjektiven Rechts zu fundieren sein. Auch ein negatorischer Schutz der Ehre ist schwer denkbar. Vielmehr ist der Schutz dieser Rechtsgüter Freiheit, Leib und Leben, und ebenso steht es mit dem der Ehre, in erster Linie ein öffentlichrechtlicher, insbesondere ein strafrechtlicher — als solcher kommt er für das internationale Privatrecht nicht in Betracht —; ein privatrechtlicher Schutz aber ist, soweit er überhaupt existiert, ausschliefslich oder doch so gut wie ausschliefslich nur in der Form von Deliktsobligationen gegeben: bei Verletzungen jener Güter entstehen Deliktsobligationen auf Schadensersatz gegen den Thäter, z. B. die actio legis Aquiliae utilis bei Körperverletzung. Diese Deliktsobligationen richten sich nun principgemäfs nach dem Recht

[34] Das römische interdictum de homine libero exhibendo kann nicht mehr in Betracht kommen.

des Handlungsorts, ist also im Auslande die Verletzung begangen, nach dem ausländischen Recht. Trotzdem würde nun auch hier das Personalstatut der verletzten Person in Betracht kommen, wenn wirklich die Entstehung der Deliktsobligation — und ebenso steht es mit dem Strafanspruch — davon abhängig gemacht wäre, daſs ein subjektives Recht der Person in Bezug auf Freiheit, Leib, Leben verletzt wäre: dann müſste allerdings zugesehen werden, ob das Personalstatut der Person ein solches Recht verliehen hätte oder nicht, und die Deliktsklage müſste verweigert werden, wenn das Heimatrecht der Person ein solches Recht nicht gewährte, möchte das Ausland es seinen eignen Unterthanen auch gewähren; und ebenso: die Deliktsklage müſste gegeben werden, wenn das Heimatrecht der Person ein solches Recht gewährte, möchte das Ausland es seinen eignen Unterthanen im gleichen Fall auch nicht gewähren. In Wahrheit ist aber die Schutzverheiſsung durch Deliktsobligation in jenen Fällen nicht an die Verletzung eines subjektiven Rechts, sondern an die einfache Thatsache der Verletzung eines Guts geknüpft: es handelt sich um einen Schutz von Rechtsgütern, nicht von subjektiven Rechten; die Deliktsobligation entsteht also ohne Rücksicht auf das Dasein eines subjektiven Rechts, mithin auch wenn das Personalstatut des Verletzten ihm etwa ein solches Recht nicht zubilligen sollte, und sie entsteht nicht, selbst wenn etwa das Heimatrecht ein subjektives Recht verliehe und in solchem Fall schützte: es würde dann eben an einem Mittel fehlen, den Inhalt des Rechts, das vom Inland verliehen wäre, im Ausland zu schützen. Demnach richtet sich wegen der Natur der Schutzmittel für diese Güter ihr Schutz nach der Gesetzgebung des Landes, für dessen Gebiet der Schutz beansprucht wird. Die ganze Frage tritt damit auf den Boden des reinen Völkerrechts zurück: die Herrschaft des Staats über seine Unterthanen auch im Ausland zeigt sich wirksam durch eine völkerrechtliche Anforderung, welche der Inlandsstaat als Subjekt der Personalhoheit an die materielle Gestaltung des ausländischen Straf- und Privatdeliktsrechts stellt. Diese Anforderung, deren Nichterfüllung nur völkerrechtliche Maſsnahmen nach sich ziehen könnte, geht einmal darauf, daſs Inländer und Ausländer in Bezug auf den Schutz dieser unmittelbarsten Persönlichkeitsgüter einander gleichgestellt sein müssen, sodann daſs auch absolut genommen die fremde Rechtsordnung genügenden Schutz der Fremden anordnet (und selbstverständlich diesen Schutz dann auch thatsächlich handhabt). Das Minimum des auch vom Ausland zu gewährenden Schutzes bezieht

sich auf jene unmittelbarsten Lebensgüter: Leib, Leben, Freiheit; kann das Ausland oder will es diesen Schutz — natürlich von Eingriffen des Staats selbst kraft seines öffentlichen Rechts abgesehen — nicht gewähren, so werden Selbsthilfemittel des Heimatstaates in Anwendung kommen: die internationale Friedensgemeinschaft bricht dann eben entzwei. Ob auch ein genügender Schutz der Ehre völkerrechtlich verlangt werden kann, darf zweifelhaft bleiben. Für das internationale Privatrecht ist die Frage wie gesagt bedeutungslos.

b. Für alle Rechte, welche Herrschaft über einen Handlungsinhalt in Bezug auf eine körperliche bewegliche oder unbewegliche Sache, kürzer, welche eine unmittelbare Herrschaft über eine solche Sache gewähren, ist die Rechtsordnung des Staats mafsgebend, auf dessen Gebiet sich die Sache befindet; denn über Sachen übt derjenige Staat die Herrschaft aus, der Gebietshoheit über das Gebiet hat, auf dem sich die Sache befindet. Wir nennen diese Rechtsordnung Ortsrecht der Sache oder Sachstatut, und verstehen also wiederum unter Sachstatut nicht etwa denjenigen Teil einer beliebigen Rechtsordnung, der sich mit den Sachenrechten beschäftigt, sondern nennen so die gesamte Rechtsordnung des Gebiets, in welchem sich die Sache, um die es sich bei dem Rechtsfall handelt, befindet. 'Rechtsordnung des Gebiets' ist hier nur ein abgekürzter Ausdruck für 'Rechtsordnung des Staats, der über dieses Gebiet herrscht' (oder, sofern in diesem Staat mehrere Rechtsordnungen gelten, diejenige Rechtsordnung des Staats, die gerade für dieses Gebiet örtlich gilt).

Im wesentlichen[35] gehören nur die sogen. dinglichen Rechte oder Sachenrechte hierher. Sie alle bestehen darin, dafs bestimmte, auf eine Sache sich beziehende Handlungsinhalte aus der allgemeinen Handlungsfreiheit ausgeschieden und der Verfügungsgewalt einer einzelnen Person unterworfen werden; meist wird dem Berechtigten selbst ein bestimmtes Handeln gestattet: dem entspricht dann ein Verbot der Störung dieses Handelns, gerichtet an die unbestimmte Vielheit anderer Personen, in der Regel ist dieser Handlungsinhalt sogar monopolisiert, so dafs alle anderen Personen von der gleichen

[35] Über andere ebenfalls aus der Gebietshoheit des Staats in Bezug auf Sachen abgeleitete Rechte, die ihrer juristischen Konstruktion nach keine Sachenrechte sind, wie z. B. das Jagdrecht, das Bergwerkseigentum s. Teil II Buch I Kap. I unter III.

Herrschaft über die Sache ausgeschlossen sind; hie und da, so bei gewissen Servituten, fehlt dieser Monopolcharakter aber. In einigen Fällen bildet keinerlei eignes Handelndürfen des Berechtigten den Inhalt seines Rechts, sondern es liegt nichts als ein Verbot gegen die unbestimmte Vielheit anderer Personen vor, so bei der servitus altius non tollendi. Durch die Beziehung des Handlungsinhalts unmittelbar auf den Körper der Sache unterscheiden sich die dinglichen von den demnächst zu besprechenden anderen absoluten Rechten. Der Unterschied wird kaum je zweifelhaft sein. Öfter mag der Zweifel aufkommen, ob eine Obligation oder ein Sachenrecht vorliegt. Es wird sich indes später zeigen (s. S. 145), dafs sich hieraus internationalrechtlich keine Schwierigkeit ergiebt; dingliches Recht und Obligation schliefsen einander ja nicht aus, sondern können nebeneinander bestehen: das für das Sachenrecht entscheidende Statut bestimmt, ob ein dingliches Recht, das für die Obligation entscheidende, ob eine Obligation vorhanden ist.

Die mafsgebende Kraft des Sachstatuts bedeutet nun, dafs sich Dasein und Inhalt der Sachenrechte nach der Rechtsordnung des Staats, auf dessen Gebiet sich die Sache befindet, richtet. Das heifst also, wenn man auf die Analyse des Inhalts der dinglichen Rechte zurückgeht, folgendes:

1) Das vom Inland — wir nennen so der Kürze halber den Staat, auf dessen Gebiet sich die Sache befindet — verliehene Recht ist im Inland wirksam, und diese Wirksamkeit im Inland mufs von jedem ausländischen Staat anerkannt werden. Also positiv: der in dem subjektiven Recht gestattete Handlungsinhalt darf im Inlande vorgenommen werden, und negativ: die Störungsverbote richten sich gegen jede auf dem Gebiete des Inlands geschehende Störungshandlung.

2) Die Kraft des Sachstatuts geht aber noch weiter. Praktisch kommen allerdings andere als solche Inlandshandlungen für die Ausübung von Sachenrechten wenig in Betracht. Denn wie die Handlung, welche Ausübung oder Störung des Sachenrechts ist, räumlich an der Sache selbst, also im Inland wirken soll, so erfolgt sie auch meist im Inland. Denkbar ist indes auch eine Herrschaftsausübung an der Sache durch vom Ausland her erfolgende Handlungen, insbesondere bei allen in der Nähe der Gebietsgrenze liegenden Grundstücken und beweglichen Sachen, und hier ist nun zu sagen: auch über *ihr* Erlaubt- und Verbotensein entscheidet das inländische Recht, das Sachstatut. Für die Erlaubnisseite der

Sachenrechte hat dies freilich keine Bedeutung, da hier nur an sich indifferente Handlungen in Frage kommen, deren Erlaubtheit blofs davon abhängt, ob ihre im Inland eintretende Wirkung einem am Ort dieser Wirkung, also eben im Inland, bestehenden subjektiven Recht widerspricht oder nicht. Anders steht es mit der negativen Seite, mit den das Sachenrecht begleitenden Störungsverboten. Man darf hier zwei Fragen nicht verwechseln. Es handelt sich hier keineswegs um die Frage, wie weit das von dem mafsgebenden Statut verliehene Sachenrecht auch dann fortbesteht, wenn die Sache ihren Ort wechselnd in das Gebiet eines anderen Staats kommt. Durch diesen Ortswechsel erfolgt ja zugleich auch ein Wechsel des für die Sache mafsgebenden Statuts; nunmehr ist das neue Statut allein mafsgebend, und es kann sich dann also nur noch fragen: wie weit soll das neue nunmehr mafsgebende Statut von sich aus die durch das frühere Statut verliehenen subjektiven Sachenrechte aufrechterhalten? Dafs es, wenn es das thut, nunmehr auch selbst die entsprechenden Erlaubnisse und Störungsverbote erläfst, ist selbstverständlich. Aber ob es das thut, diese Frage wird erst später (S. 152 fg.) besprochen werden, sie gehört nicht hierher. Denn das Ausland ist ja dann durch den Ortswechsel der Sache selbst Inland geworden und giebt die Erlaubnisse und Störungsverbote in seiner Eigenschaft als jetziges Inland; wir aber fragen nur, wie weit die Rechtsverleihung durch das Inland zur Zeit, da es noch Inland ist, auch im Ausland wirkt. Und hier fanden wir nun: an sich hat ja der inländische Staat keinerlei Macht, den im Ausland weilenden Ausländern Verbote zu geben, mögen die Wirkungen der verbotenen Handlungen auch im Inland eintreten; die Gebietshoheit unseres Staats aber, aus der die Sachenrechte fliefsen, hat zu ihrer Kehrseite, dafs der fremde Staat, eben weil er unsere Gebietshoheit anerkennt, auch die Handlungen untersagen mufs, welche als eine Störung der unmittelbaren körperlichen Gebietsherrschaft und mithin auch der aus ihr abgeleiteten subjektiven Rechte erscheinen. Konkreter: erkennt das Ausland die Macht des Inlands über die im Inland liegenden Sachen und folgeweise die vom Inland an diesen Sachen verliehenen Rechte, z. B. das Eigentum an, so giebt es auch eo ipso den ihm selbst unterworfenen Personen die entsprechenden Störungsverbote. Die nähere Begrenzung, deren dieser Satz noch bedarf (s. oben S. 119), wird im Sachenrecht erfolgen.

c. Für alle Rechte, welche Herrschaft über einen sonstigen Handlungsinhalt, der sich also nicht auf

eine einzelne Person oder körperliche Sache als seinen Mittelpunkt bezieht, gewähren, ist die Rechtsordnung des Staats mafsgebend, für dessen Gebiet das Recht in Anspruch genommen wird, auf dessen Gebiet mithin die so bestimmten Handlungen selbst vorzunehmen oder Andere von ihnen auszuschliefsen der angeblich Berechtigte sich das Recht zuschreibt. Denn über solche Handlungsinhalte übt derjenige Staat die Herrschaft aus, dem Gebietshoheit über das Gebiet, für das sie in Anspruch genommen werden, zusteht. Wir nennen diese Rechtsordnung kurz das Gebietsstatut. Die hier in Betracht kommenden Rechte sind äufserst vielgestaltig, da jeder Staat beliebige Handlungsinhalte aus der allgemeinen Handlungsfreiheit herauszunehmen und sie, indem er die Verfügungsgewalt einem Einzelnen überträgt, zu subjektiven Rechten auszugestalten die Macht hat. Die Grenze ist nur die schon angegebene: der Handlungsinhalt darf nicht als Herrschaft über eine Person und auch nicht als Herrschaft über eine Sache erscheinen. Zwei Gruppen von Rechten kommen hier insbesondere in Betracht.

α. Immaterialgüterrechte.

Die mannigfachen Urheberrechte (geistiges und industrielles Eigentum) und alle sonstigen Rechte, die als Immaterialgüterrechte bezeichnet werden — auch das Firmen- und Markenrecht ist hier einzuschliefsen — bestehen sämtlich, gerade wie die Sachenrechte, entweder in der Erlaubnis für den Berechtigten, gewisse Handlungen mit Ausschlufs aller Anderen vornehmen zu dürfen (positive Seite), und dem entspricht dann das Verbot an alle Anderen, den Berechtigten in der Ausübung dieses Rechts nicht zu stören; gewöhnlich ist auch der Handlungsinhalt monopolisiert, so dafs die Anderen sich des gleichen Handlungsinhalts enthalten müssen; oder sie bestehen blofs in dieser negativen Seite, dem Ausschlufs Dritter von einem bestimmten Handlungsinhalt. Wenn für alle diese Rechte das Gebietsstatut für mafsgebend erklärt ist, so bedeutet das im einzelnen:

1) Wenn ein Staat ein solches subjektives Recht erteilt, so wirkt das nur für sein eignes Gebiet; d. h. auf dem Gebiete dieses Staats (oder dem engeren von der Rechtsordnung angegebenen Bezirk) darf der Berechtigte handeln, ist es allen Anderen, Ausländern wie Inländern, verboten, die gleichen Handlungen vorzunehmen. Und zwar kommt es nicht auf den Ort an, wo die Handlung etwa wirkt, sondern auf den, wo sie vorgenommen wird: denn gleichgiltig wo die Handlung wirkt, der Staat hat jedenfalls kraft seiner

Gebietshoheit die Macht, solche Handlung auf seinem Gebiet zu untersagen und zu erlauben. Dafs nun ein solches subjektives Recht mit Kraft für das Inland im Inland existiert, das mufs auch jeder andere Staat als zu Recht bestehend anerkennen, eben weil er die Gebietshoheit des Inlands anerkennt. Kommt also — und das kann leicht der Fall sein — bei einem im einen Lande geführten Prozefs die Frage zur Beurteilung, ob in einem bestimmten anderen Lande ein Urheberrecht der behaupteten Art dem Kläger zustehe, so mufs der Richter bei der Beantwortung dieser Frage das Recht jenes anderen Landes zu Grunde legen, er müfste z. B. einer negatorischen Klage auf Unterlassung gegen Personen, die dem Gerichtsstaat angehören oder im Gebiet des Gerichtsstaats wohnen, Folge geben, sofern nur ein Unterlassen nicht in dem Gebiet des eignen Staats, sondern in dem Gebiet des Staats, der das Urheberrecht verliehen hat, gefordert wird. Ausgenommen wäre nur der weiterer Berücksichtigung hier nicht bedürftige Fall, dafs nach der Anschauung des gerichthaltenden Staats in dem fremdländischen Monopol eine Unsittlichkeit läge; zu deren Durchführung würde sich, später zu erörterndem gemäfs, der richtende Staat freilich nicht herbeizulassen brauchen.

2) Aus dem oben S. 113 Gesagten geht hervor, dafs die dem subjektiven Recht entsprechenden Verbote auch gegen im Ausland weilende Inländer gerichtet werden können. Wenn das geschieht, so deckt sich freilich das Gebiet, auf dem der Berechtigte selbst handeln darf, und das, für welches die Ausschlufsgebote wirksam sind, nicht mehr, und insofern pafst dann der Ausdruck Gebietsstatut nicht mehr genau, die Ausschlufsgebote sind dann auch auf fremdem Gebiet, soweit Handlungen sich dort aufhaltender eigner Staatsangehöriger in Betracht kommen, wirksam. Eine solche Ausdehnung der Verbote ist übrigens, wie wir gesehen haben, nicht zu vermuten.

3) Hingegen hat der inländische Staat internationalrechtlich nicht die Macht, einem Ausländer Handlungen im Ausland zu verbieten, wenn die Wirkung dieser Handlungen den inländischen Berechtigten auch schädigt, ja selbst wenn die Handlung vorgenommen wird, um eine Wirkung im Inland zu üben, z. B. wenn der Ausländer vom Ausland aus die Nachdrucksexemplare ins Inland verbreitet. Hierin vor allem liegt die Schwäche der Urheberrechte in internationaler Beziehung. Aber jeder Staat hat auf seinem eignen Gebiet selbständige Macht: ein Verbot gegen im Ausland handelnde Ausländer wäre eine völkerrechtswidrige Anmafsung.

4) Da diese Rechte überall im Raum zu gleicher Zeit ausübbar sind, und kein Staat die ausschliefsliche Macht hat, sie zu verleihen, so können verschiedene Staaten, jeder für sein Gebiet, zu gleicher Zeit dasselbe Recht verleihen. Die Existenz und der Inhalt des Rechts ist also für jedes einzelne Rechtsgebiet gesondert nach der dort geltenden Rechtsordnung zu beurteilen. Gerade dies scheint uns durch die Bezeichnung der mafsgebenden Rechtsordnung als 'Gebietsstatut' verständlich ausgedrückt.

β. Persönlichkeitsrechte.

Ganz das Gleiche gilt nun auch für die schon oben S. 130 erwähnten Persönlichkeitsrechte, bei denen Handlungsinhalte monopolisiert sind, die sich nicht als Beherrschung der eignen Person auffassen lassen. Sie alle kommen darin überein, dafs sie eine Sphäre freier durch Dritte ungestörter Bethätigung von Interessen gewährleisten, die mit der Persönlichkeit ihres Trägers in näherem Zusammenhange stehen. Die Grenzziehung gegenüber den Immaterialgüterrechten kann hier auf sich beruhen, da internationalrechtlich beide eben gleich behandelt werden. Alle diese Rechte haben einen absoluten Charakter; entweder geben sie dem Berechtigten die Erlaubnis, selbst bestimmte Handlungen, die aus dem Kreise der allgemeinen Handlungsfreiheit ausgeschieden sind, vorzunehmen, oder sie bestehen blofs in dem Ausschlufs Dritter von bestimmten dieses Persönlichkeitsgut beeinträchtigenden Handlungen; jene positive Seite tritt übrigens bei ihnen erheblich zurück. Alle diese Rechte stehen principgemäfs unter dem Gebietsstatut, nicht unter dem Personalstatut. Dies hat praktische Wichtigkeit, soweit diese Persönlichkeitsrechte, was in den einzelnen Rechtsordnungen in nicht geringem Mafs der Fall ist, wahre subjektive Privatrechte sind, soweit also die Rechtsordnung Schutz durch negatorische Klagen zuläfst, oder soweit sie den Deliktsklagenschutz gegen Verletzungen von dem Dasein eines subjektiven Rechts abhängig macht. Die Rechtsbildung ist bezüglich dieser Persönlichkeitsgüter noch nicht zu einer einheitlichen und folgerichtigen Auffassung gelangt, ihr Schutz ist im einen Rechtsgebiet weitergehend und anders gestaltet als im anderen. Gälte nun für diese Rechte das Personalstatut, so hiefse das: ob überhaupt ein schützbares subjektives Recht vorliegt, das ist in jedem Staat nach dem Heimatrecht des Rechtsträgers zu beurteilen; billigt ihm sein Heimatrecht Schutz zu, so hat er diesen Schutz in jedem Lande zu finden; hat er nach seinem Heimatrecht kein subjektives Recht, so bleibt er auch in jedem anderen Lande schutzlos. Diese Sätze gelten indes nicht,

vielmehr ist das Gebietsstatut mafsgebend, und das bedeutet im Gegensatz zum Vorigen: Dasein und Inhalt solcher Rechte ist für jedes einzelne Staatsgebiet nach der Rechtsordnung gerade dieses Staats zu beurteilen. Dies gilt einmal für die 'allgemeinen' Persönlichkeitsrechte, für die also, welche jeder Person als solcher durch ihr blofses Dasein zukommen, also fast für das ganze von Kohler so genannte 'Individualrecht'. Ein Beispiel: ein Photograph hat im Seebad eine Dame ohne ihren Willen im Augenblick des Badens photographiert und diese Photographien dann zum Verkauf ausgestellt. Die Dame klagt auf Entfernung des Bildes aus dem Schaufenster und Unterlassung des weiteren Verkaufs. Ob diese Klage gerechtfertigt ist, entscheidet sich nach dem Recht des Orts, wo das Bild ausgestellt ist, der Verkauf vorgenommen wird, nicht nach dem Personalstatut der Dame. Für das gemeine deutsche Recht würde ich eine solche negatorische Klage als zulässig zu erachten wagen; sie wäre also im konkreten Fall zu geben, soweit die Ausstellung und der Verkauf des Bildes im Gebiet des gemeinen Rechts geschieht, gleichgiltig ob die Dame selbst dem Gebiet des gemeinen Rechts angehört oder nicht. Ebenso gilt es für die 'besonderen' Persönlichkeitsrechte, für diejenigen also, die einer Person nur kraft eines besonderen gerade für sie verwirklichten Thatbestandes zustehen, wie dem Recht auf einen bestimmten Familiennamen, ein bestimmtes Wappen, auf Titel, Ehrenzeichen u. dergl. Soweit hier wirkliche Privatrechte vorliegen (was keineswegs durchgängig der Fall ist), hat internationalrechtlich das Gebietsstatut allein und ausschliefslich mafsgebende Kraft: jeder Staat kann für sein Gebiet, aber auch nur für dieses, selbständig die Führung von Namen, Wappen u. s. w. erlauben und verbieten: die Verleihung eines solchen Monopolrechts durch den Heimatstaat wirkt nur für dessen Gebiet; der Heimatstaat hat nicht die Macht in dieser Beziehung ein Monopol auch gegenüber Auslandshandlungen zu schaffen. Internationale Höflichkeit geht hier freilich weiter — aber das ist eben nur freier Wille des einzelnen Staats —: sie erlaubt dem Ausländer, die besonderen Persönlichkeitsrechte, welche ihm durch sein Heimatrecht für das Heimatland oder auch durch die Rechtsordnung irgend eines anderen Landes für das Gebiet dieses anderen Landes verliehen sind, und zwar meist nicht nur die privatrechtlichen sondern auch die öffentlichrechtlichen (z. B. zur Führung von Titeln, Orden u. s. w.) auch im Ausland auszuüben; ja es bereitet sich sogar durch das drängende Bedürfnis des Verkehrs mehr und mehr die Anschauung

vor, dafs jeder Auslandsstaat das von dem Heimatstaat verliehene Recht an Namen und Wappen auch bei sich mit exklusiver Wirkung gegen Dritte anerkennen solle: zu einem internationalen Rechtssatz verdichtet hat sich indes diese Anschauung bisher noch nicht; mit Notwendigkeit gefordert ist von dem bisherigen internationalen Recht nur, dafs jeder Staat das Recht des anderen Staats, für sein eignes Gebiet derartige Rechte zu verleihen, anerkenne, und dafs demgemäfs von seinen Gerichten geurteilt werde.

d. Der Kreis der möglichen ursprünglichen subjektiven Rechte ist mit den besprochenen Rechten vollständig abgeschlossen; die Kategorie der Rechte, kraft deren ein 'sonstiger' Handlungsinhalt monopolisiert ist, zeigt, dafs daneben nichts mehr übrig ist. Wohl aber giebt es auf Grund dieser Begriffe subjektiver Rechte weitere sekundäre Begriffsbildungen, die hier bereits, damit die künftigen Beispiele nicht allzu karg ausfallen, wenigstens genannt werden sollen: ihre nähere Darstellung erfolgt im ersten Kapitel der allgemeinen Lehren des angewandten internationalen Privatrechts.

α. Einmal können die verschiedenen rechtlichen Beziehungen einer Person gedankenmäfsig zu einer Einheit, der Einheit des Vermögens, zusammengefafst werden. Das Vermögen hat seine Einheit im Vermögensinhaber, es ist vom Vermögensinhaber nicht als getrennt zu denken. Demnach untersteht es auch demselben Recht wie der Vermögensinhaber: das „Vermögen" ist im rechtlichen Sinne immer da, wo der Vermögensinhaber ist. Die Erbschaft ist also da, wo der Erblasser im Moment des Todes war. Demnach untersteht das Vermögen demselben Recht wie der Vermögensinhaber: es steht unter dessen Heimatrecht. Wenn freilich die einzelnen Vermögensstücke in anderen Rechtsgebieten liegen, so ist für die Frage, ob diese Stücke von dem rechtlichen Schicksal des Gesamtvermögens ergriffen werden, zugleich das für jedes einzelne dieser Stücke mafsgebende Statut entscheidend.

β. Sodann können die einzelnen Rechtsordnungen insbesondere unter Verwendung des Begriffs des rechtlichen 'Könnens' weitere Typen subjektiver Rechte ausprägen. Das 'Können' ist rechtliche Macht zur Herbeiführung bestimmter rechtlicher Wirkungen. Es kommt auch hier auf den Gegenstand der Macht an. Handelt es sich insbesondere um rechtliche Macht an einzelnen fremden Rechten (z. B. Forderungspfandrecht), so ist mafsgebend das Statut, das für das kraft des Rechts am Recht beherrschte subjektive Recht mafsgebend ist.

e. Die Überschau über die vorstehenden Einzelausführungen ergiebt, daſs in allen einzelnen Fällen immer nur maſsgebend sein kann das Personalstatut, das Statut des Orts der Handlung (bei Delikten), das Sachstatut und das Gebietsstatut. Es lohnt sich, diese vier Arten Statut noch einmal miteinander zu vergleichen. Das Handlungsstatut ist in Wahrheit identisch mit dem Gebietsstatut, nur daſs ausschlieſslich die rechtliche Erlaubtheit und Folge einer einzelnen Handlung eines Einzelnen, nicht hingegen, wie bei dem Gebietsstatut, die rechtliche Bestimmung über einen absolut gewährleisteten Handlungsinhalt in Frage steht. Sachstatut und Gebietsstatut sind ferner insoweit identisch, als das Sachstatut stets das Statut des Gebiets ist, auf dem die Sache sich befindet; beide unterscheiden sich nur nach ihrer Kraft gegenüber dem Ausland: das Gebietsstatut bezieht sich auf Handlungsinhalte, die im Inland geschehen, gleichgiltig wo sie wirken, das Sachstatut auf Handlungsinhalte, die im Inland (an der im Inland liegenden Sache) wirken, gleichgiltig wo sie geschehen; das Sachstatut ist also ein Gebietsstatut mit erweiterter Kraft, mit Kraft auch gegen das Ausland. In diesem Sinne und mit diesen Unterscheidungen können wir den an die Spitze gestellten Satz wieder aufnehmen: da die Herrschaft des Staats immer nur auf Personalhoheit oder Gebietshoheit beruht, kann auch das maſsgebende Statut immer nur das Personal- oder das Gebietsstatut (als Deliktsstatut, als Sachstatut, als Gebietsstatut im engeren Sinne) sein.

3. Die internationalrechtliche Entscheidung des einzelnen Rechtsfalls.

Es bleibt an dieser Stelle noch die Aufgabe übrig, näher zu verdeutlichen, in welcher Weise das Princip, daſs die Art des maſsgebenden Statuts nach der Art des subjektiven Rechts zu bestimmen ist, im einzelnen Fall durchgeführt werden kann. Die Durchführung ist einfach und keiner weiteren Erklärung bedürftig, wenn die materiellrechtliche Frage, die im einzelnen Rechtsstreit zur Verhandlung kommt, nach der rechtlichen wie thatsächlichen Seite hin als vollständig bestimmt gedacht wird, wenn die Partei also eine gewisse Art Recht, z. B. ein Recht an einer Sache, ein Forderungsrecht in Anspruch nimmt und zugleich die Thatsachen namhaft macht, aus denen sie die Entstehung dieses Rechts herleitet. Die Frage lautet dann: ist gerade dieses Recht infolge

gerade dieser Thatsachen entstanden oder auch untergegangen u. s. w.? Nach der Art des in Anspruch genommenen Rechts entscheidet sich hier sofort die Vorfrage, welches Statut mafsgebend ist: handelt es sich um ein dingliches Recht, so ist es das Sachstatut, handelt es sich um eine Obligation, das Personalstatut des angeblichen Schuldners u. s. w. Nach dem dergestalt als mafsgebend ermittelten Statut ist dann jene materiellrechtliche Frage, ob gerade dieses Recht infolge gerade dieser Thatsachen erworben oder verloren sei, zu entscheiden. Um indes die volle Bedeutung zu erkennen, welche dem gefundenen Princip innewohnt, darf man die im Rechtsstreit zur Verhandlung kommende materiellrechtliche Frage nicht in dieser vollen konkreten Bestimmtheit gestellt denken; man mufs sie zerlegen und die einzelnen Momente der Frage jedes für sich theoretisch als selbständige Frage aufwerfen. Da das objektive Recht mit allen seinen Sätzen schliefslich immer eine bestimmte rechtliche Wirkung an einen bestimmten Thatbestand knüpft, läfst sich die rechtliche Frage in folgende zwei zerlegen: man kann von einer behaupteten Wirkung ausgehen und fragen, welches der Thatbestand sei, auf Grund dessen sie eintreten könne; man kann aber auch von bestimmten Thatsachen als gegeben ausgehen und fragen, welche Wirkung infolge ihrer eintrete.

a. Man kann von der rechtlichen Wirkung ausgehen und fragen: welcher Thatbestand ist notwendig, damit diese bestimmte rechtliche Wirkung eintrete? Vorfrage dann also: nach welchem Statut entscheidet sich, welcher Thatbestand für das Eintreten dieser rechtlichen Wirkung erforderlich ist? Darauf antwortet, je nach der Art dieser ins Auge gefafsten Wirkung, das Sachstatut, das Personalstatut u. s. w. Und hier gerade zeigt sich nun, dafs das in diesem Buch vertretene Princip für die Entscheidung internationalrechtlicher Fragen eine bedeutende Erleichterung gewährt. Damit dieses bestimmte Recht, um das es sich handelt, entstanden sei, mufs der gesamte Thatbestand vorliegen, an den das gerade für dieses subjektive Recht mafsgebende Statut diese Wirkung anknüpft. Damit z. B. ein dingliches Recht entstanden sei, mufs der gesamte Thatbestand verwirklicht sein, den gerade das Sachstatut verlangt. Und zwar dasjenige Statut, das Sachstatut in dem Augenblick gewesen ist, da die Wirkung eingetreten sein soll. Mafsgebend ist also das Statut, das für diese Art Rechte in dem Augenblick der angeblichen Wirkung entscheidend war. Der gesamte Thatbestand wird mithin allen seinen Momenten nach einheitlich beurteilt; es

kommt nicht darauf an, wann die einzelnen den Thatbestand bildenden Thatsachen sich ereignet haben, auch nicht darauf, welcher Art diese Thatsachen sind, vielmehr findet eine Konzentration in der Beurteilung des Thatbestandes statt: ein und dasselbe Statut ist für alle Momente des Thatbestands gleicher Weise mafsgebend. Denn für die Frage, ob in diesem Augenblick ein solches Recht entstanden sei, oder ob die vorhandenen Thatsachen genügend gewesen seien, in diesem Augenblick gerade dieses Recht zu erzeugen, kann immer nur die Rechtsordnung entscheidend sein, welche eben in diesem Augenblick gerade dieses Recht beherrschte; ob andere etwa für diese Sache früher mafsgebend gewesene Statuten dieselbe Antwort geben oder nicht, bleibt durchaus gleichgiltig. Wir haben also das Princip der Einheitlichkeit in der Beurteilung aller Thatsachen (des gesamten Thatbestands), wenn éine Wirkung in Frage steht: mehrere Thatsachen — eine Wirkung — ein mafsgebendes Statut.

b. Man kann aber auch von den Thatsachen ausgehen und fragen: welche rechtliche Wirkung kommt diesen Thatsachen zu? Vorfrage dann also: nach welchem Statut entscheidet sich, welche Wirkung aus diesen Thatsachen folgt? Darauf ist dann zu antworten: das entscheidet sich für die etwaige dingliche Wirkung nach dem Sachstatut, für die etwaige persönliche nach dem Personalstatut u. s. w.; und wie dieses Statut darüber entscheidet, ob überhaupt ein Recht solcher Art entstanden sei, so entscheidet es auch über den näheren Inhalt, den das entstandene Recht hat, also über die Machtfülle, die es gewährt. Daraus, dafs die verschiedenen Rechtsordnungen an diese selben Thatsachen verschiedenartige Wirkungen anknüpfen, oder die Rechtsstellung der Person infolge jener Thatsachen in verschiedenartiger Weise auffassen — die eine z. B. schon als subjektives Recht, die andere noch nicht —, oder dafs sie den Inhalt des entstandenen Rechts verschiedenartig ausmessen, kann mithin internationalrechtlich keine Schwierigkeit entstehen. Denn mafsgebend kann für diese selbe Art Wirkung immer nur ein Statut sein. Läfst z. B. das mafsgebende Sachstatut ein dingliches Recht aus diesen Thatsachen nicht entstehen oder sieht es die Rechtslage der Person infolge dieser Thatsachen nicht als dingliches Recht an, so ist auch kein dingliches Recht vorhanden; die andersartigen Antworten, welche andere Rechtsordnungen geben, bleiben dabei vollkommen gleichgiltig. Konkreter: wenn in dem einen Gebiet das Recht aus der Miete dinglichen Charakter hat, im

anderen nicht, so ist doch für die Frage, ob aus der Miete ein dingliches Recht entstanden sei, ausschliefslich das Recht des Orts, wo sich die vermietete Sache befand, entscheidend; gilt an diesem Ort die Dinglichkeit der Miete, so hat der Mieter ein dingliches Recht erworben, mag auch nach dem Heimatrecht des Vermieters als dem Obligationsstatut die Miete blofs obligatorische Wirkung haben. Damit ergiebt sich aber sofort ein weiterer wichtiger Satz. Wenn bei einem Thatbestand mehrere Wirkungen von ihm zugleich in Betracht kommen, so ist in Bezug auf jede dieser Wirkungen der gesamte Thatbestand nach dem für diese Wirkungen mafsgebenden Statut zu beurteilen. Es können mithin bei der Beurteilung eines und desselben Thatbestandes mehrere Rechtsordnungen konkurrieren. Soviele Wirkungen eines Thatbestandes in Frage stehen, so viele verschiedene Statuten sind anwendbar. Wir haben also das Princip der Trennung in der Beurteilung einer und derselben Thatsache je nach den mehreren Wirkungen, die in Frage stehen: eine Thatsache — mehrere Wirkungen — mehrere mafsgebende Statuten.

Diese Konkurrenz mehrerer mafsgebender Statuten bei der Beurteilung eines und desselben Thatbestandes scheint nun aber Mifslichkeiten zur Folge haben zu können: denn jede Rechtsordnung will in sich eine Einheit sein, ihre eine Bestimmung steht mit der anderen in sachlichem Zusammenhang und entspricht vielleicht ohne diese den Zwecken, derentwegen sie geschaffen ist, durchaus nicht mehr oder ist sogar diesen Zwecken geradezu entgegen. Es ist denkbar, dafs das objektive Recht für einen gewissen Fall diese bestimmte Rechtswirkung anordnet, weil es jene versagt, oder dafs es diese versagt, weil es jene anordnet; es ist weiter denkbar, dafs es diese Rechtswirkung anordnet, weil es zugleich auch jene anordnet, oder dafs es diese versagt, weil es zugleich auch jene versagt. Ist nun für diesen einen Thatbestand nach der Seite der einen Wirkung hin die eine, nach der der andern hin die andere Rechtsordnung mafsgebend, so scheint das Ergebnis leicht ein gesetzgeberisch zweckwidriges sein zu können. Dies bedarf der Untersuchung. In Wahrheit ist es überall möglich, zu einem praktisch brauchbaren Ergebnis zu kommen. Die soeben berührten Fälle müssen gesondert betrachtet werden.

1) Zwei Rechtswirkungen stehen in Frage, beide sind nach verschiedenen Statuten zu beurteilen. Jede der beiden beteiligten Rechtsordnungen will nur eine von den beiden als möglich in Frage

stehenden Rechtswirkungen eintreten lassen, aber jede eine verschiedene. Durch die Konkurrenz der beiden Statuten kann sich ergeben, dafs beide mögliche Rechtswirkungen zugleich eintreten, oder dafs keine von ihnen eintritt.

a. Beide treten ein: jedes der beiden mafsgebenden Statuten bejaht die Rechtswirkung, die es im konkreten Fall anzuordnen die Macht hat, versagt aber zugleich die von dem anderen Statut beherrschte Wirkung, sei es überhaupt, sei es wenigstens bei dem konkreten hier vorliegenden Thatbestand. Wäre der Fall also nach allen seinen Seiten hin nur gemäfs dem einen oder nur gemäfs dem anderen Statut zu beurteilen, so würde auch nur eine Wirkung eintreten, infolge der Statutenkonkurrenz treten beide ein. Ein wirklicher Konflikt wird sich hierbei indes schwerlich je ergeben können: die mehreren Wirkungen können wohl immer konfliktlos nebeneinanderstehen, oder die eine schwächere ist in der anderen stärkeren bereits enthalten. Ich vermag wohl Fälle zu erdenken, in denen das Eintreten der einen Wirkung durch das Miteintreten der zweiten überflüssig, aber keinen, in dem es zweckwidrig gemacht würde. Es handelt sich hier insbesondere um das Nebeneinanderstehen von dinglicher und obligatorischer Wirkung. Zum Beispiel das im konkreten Fall für die dingliche Wirkung mafsgebende Sachstatut läfst dinglichen Rückfall des Eigentums, das Personalstatut des Empfängers, das für dessen Verpflichtungen mafsgebend ist, blofs eine Rückgabeobligation eintreten. Dann findet die dingliche Wirkung nach jenem, die obligatorische nach diesem Statut statt; jene stärkere Wirkung schliefst ja diese schwächere nicht aus, nur dafs natürlich die Obligation nicht mehr auf Eigentumsrückübertragung, sondern nur noch auf Besitzrückübertragung gerichtet sein kann. Ebenso könnte es bei Verschiedenheit der Gesetzgebungen über die dingliche und die obligatorische Wirkung des Legats stehen. Meist wird übrigens der Fall derart sein, dafs zwar das Obligationsstatut blofs die obligatorische, das Sachstatut hingegen zugleich die dingliche und die obligatorische Wirkung eintreten lassen will: dann ist erst recht kein Konflikt da, für das Obligationsstatut ist die dingliche Wirkung ein nicht störendes Superfluum, für das Sachstatut ist die von dem Obligationsstatut angeordnete Wirkung nur erwünscht. So steht es bei der Verschiedenheit der Wirkung der Miete. Wenn die vermietete Sache an einem Ort sich befindet, dessen Gesetz Dinglichkeit der Miete anordnet, während das Personalstatut des Vermieters, das für seine Obligation entscheidend ist, blofs obligatorische Wirkung der

Miete will, so tritt dingliche und obligatorische Wirkung ein, gerade wie sie auch dann eintreten würde, wenn das Sachstatut im konkreten Fall zugleich Personalstatut des Vermieters wäre.

b. Keine der beiden möglichen Rechtswirkungen tritt ein: jedes der beiden maſsgebenden Statuten versagt die Rechtswirkung, die es im konkreten Fall anzuordnen die Macht haben würde, weil es eine andere Rechtswirkung bejaht, die aber im konkreten Fall nicht es selbst, sondern nur das andere Statut eintreten zu lassen die Macht hat. Wiederum handelt es sich hier insbesondere um die dingliche und die obligatorische Wirkung eines Thatbestandes. Das Sachstatut ordnet z. B. eine bloſs obligatorische Wirkung an aber keine dingliche, das Obligationsstatut hingegen eine dingliche und eben darum keine obligatorische. Ist dies wirklich die Lage des positiven Rechts, so würde folgerichtig nur entschieden werden dürfen: es tritt weder die eine noch die andere Rechtswirkung ein, weil gerade das für jede dieser Wirkungen maſsgebende Statut sie nicht eintreten läſst. Das Ergebnis wäre allerdings praktisch hart, aber man müſste den Mut dieser harten Folgerung haben, wenn sie wirklich notwendig wäre. In Wahrheit wird sie kaum je notwendig sein; die eine der beiden beteiligten Rechtsordnungen für sich wird bereits die Mittel darbieten, ihr zu entgehen. Der Grundsatz für die praktische Behandlung des Falles muſs der sein: er ist genau so zu behandeln, als wenn er sich auf dem Boden einer einzigen Rechtsordnung ereignet hätte, das heiſst als wenn nur die eine der beiden beteiligten Rechtsordnungen in Betracht käme, und nunmehr ihrem eignen Inhalt nach wegen Fehlens einer notwendigen Voraussetzung die von ihr selbst in erster Linie angeordnete erste Wirkung nicht eintreten könnte, während die Voraussetzungen für das Eintreten der zweiten Wirkung, die sie mit Rücksicht auf das Eintreten der ersten Wirkung zunächst n i c h t angeordnet hat, vorliegen würden. Wenn nun eine Rechtsordnung z. B. dingliche Wirkung eintreten läſst und mit Rücksicht auf diese stärkere Wirkung die schwächere bloſs obligatorische ausschlieſst, so wird sie sicherlich nicht die Absicht haben, diese obligatorische auch da auszuschlieſsen, wo aus irgend einem Grunde die dingliche gelähmt ist. Man denke nur, wie oft im römischen Recht anstatt der vindicatio, wenn sie im konkreten Fall von vornherein unmöglich ist, eine condictio sine causa eintritt (z. B. l. 5 § 6, 7 D. 24, 1). Wenn nun aber das Obligationsstatut statt der unmöglichen dinglichen Wirkung eine obligatorische eintreten läſst, so bleibt es gleichgiltig, aus welchem Grunde die dingliche Wirkung unmöglich ist, ob also

die dingliche Wirkung auch dann unmöglich wäre, wenn das Obligationsstatut im konkreten Fall zugleich Sachstatut wäre, oder ob sie blofs deshalb unmöglich ist, weil die im konkreten Fall als Sachstatut mafsgebende andere Rechtsordnung sie nicht eintreten lassen will. Wo in den einzelnen Lehren Fälle solchen negativen Konflikts, wie er hier besprochen ist, begegnen werden, wird sich die Möglichkeit eines befriedigenden Auswegs in der hier angedeuteten Richtung immer erweisen.

2) Zwei Rechtswirkungen stehen in Frage, beide sind nach verschiedenen Statuten zu beurteilen. Das eine der beiden beteiligten Statuten läfst nun die von ihm beherrschte Rechtswirkung eintreten, aber es thut das nur mit Rücksicht darauf, dafs es auch die andere, wenn es für sie mafsgebend wäre, eintreten lassen würde; das andere beteiligte Statut hingegen läfst diese andere von ihm selbst beherrschte Wirkung nicht, sei es überhaupt nicht, sei es aus diesem Thatbestand nicht, eintreten, würde dafür allerdings auch die von dem ersteren Statut beherrschte Rechtswirkung, wenn es selbst sie heherrschte, ebenfalls nicht eintreten lassen. Man kann hier von einer inhaltlichen Konnexität beider Rechtswirkungen sprechen. Beurteilt man nun in solchen Fällen jede der beiden Rechtswirkungen nach ihrem eignen Statut, so tritt nur die eine der beiden Wirkungen ein: ein Resultat, das der Absicht weder der einen noch der anderen Rechtsordnung entspricht. Besonders wichtige Fälle solcher Konnexität sind folgende:

a. Zwei Personen sollen gegenseitig, jede der anderen gegenüber, berechtigt werden, sei es obligatorisch (gegenseitige Verträge), sei es personenrechtlich (Ehe, Rechtsverhältnis zwischen Vater und Kind).

b. Eine Person soll ein absolutes Recht erhalten, zugleich aber auch obligatorisch verpflichtet werden. Solche obligatorische Pflichten sind mit dem Erwerb einer Erbschaft, eines Vormundschaftsrechts, oft auch des Eigentums verbunden.

c. Zwei Obligationen zweier Personen gegeneinander sollen zugleich erlöschen (insbesondere durch Kompensation).

d. Eine Obligation soll entstehen unter gleichzeitigem Untergang einer anderen (Novation mit Schuldnerwechsel, privative Schuldübernahme).

e. Die eine Rechtswirkung soll ausschliefslich ein Mittel für die Hervorbringung einer zweiten Rechtswirkung sein (Leistung und Zwecksatzung, z. B. Eigentumsübertragung zum Zweck der Schuldtilgung oder zum Zweck einer Verpflichtungsbegründung).

Alle diese Fälle werden nun zwar in dem „angewandten internationalen Privatrecht“ besprochen werden; damit indes kein Gefühl der Unsicherheit zurückbleibe, soll hier doch in aller Kürze der Weg gewiesen werden, auf dem eine befriedigende Entscheidung dieser Fälle gefunden wird.

Die Sachlage ist, wie wir wissen, gemeinsam diese: die Voraussetzungen für das Eintreten beider zusammengehöriger Wirkungen liegen nach dem einen Statut vor, nach dem anderen Statut hingegen kann die von ihm beherrschte Wirkung nicht eintreten. Hauptgrundsatz ist auch hier wieder: die Fälle sind genau so zu behandeln, als wenn blofs das erste Statut mafsgebend wäre und die von ihm erforderten Voraussetzungen für die eine der beiden Wirkungen an sich vorlägen, für die andere nicht. Ordnet das Statut Untrennbarkeit beider Wirkungen an, dergestalt dafs, wenn die zweite nicht eintritt, auch die erste nicht statthat, so tritt auch in unserem Fall (wo das Nichteintreten der zweiten Wirkung Folge der abweichenden Bestimmungen des anderen, für sie mafsgebenden Statuts ist) die erste Wirkung nicht ein. So steht es z. B. bei der Ehe: wenn die Ehe nicht für beide Personen zustande kommen kann, kommt sie für keine von beiden zustande. Ordnet das für die an sich mögliche Wirkung mafsgebende Statut hingegen Untrennbarkeit nicht an, sondern läfst es diese Wirkung entstehen, giebt aber zugleich eine Hilfe anderer Art (Einrede, Anfechtbarkeit, condictio sine causa), so entsteht die Wirkung; ob auch diese zweite korrigierende Wirkung entsteht, das hängt wiederum von dem für sie mafsgebenden Statut ab. So steht es z. B. nach gemeinem Recht bei den gegenseitigen Verträgen, wenigstens nach der Meinung Vieler, ferner bei einer sine causa geschehenen Leistung. Schwierigkeiten für die internationalrechtliche Entscheidung können, da das mafsgebende Statut überall klar und fest bestimmt ist, niemals auftreten; wohl aber kann unter besonderen Umständen sich ergeben, dafs gegen die von dem ersten Statut angeordnete Wirkung eine Hilfe ausgeschlossen ist, weil das für diese Hilfe mafsgebende Statut (z. B. bei der condictio sine causa das Personalstatut des Empfängers) sie versagt. Eine Ungerechtigkeit kann darin wohl niemals gefunden werden, oder doch nur vom einseitigen Standpunkt der einen der beiden beteiligten Rechtsordnungen aus: nach Lage der Verhältnisse prävaliert eben die Gerechtigkeitsauffassung, welcher das andere Statut in seinen Rechtssätzen Ausdruck giebt.

Der bisher besprochene Hauptgrundsatz kann indes versagen. Er versagt dann, wenn die durch die konkurrierende Beurteilung

nach den beiden Statuten geschaffene Rechtslage bei Beurteilung blofs nach einem Statut undenkbar wäre, wenn also nach dem Statut, das über die an sich mögliche Wirkung gebietet, die Voraussetzungen für das Eintreten beider Rechtswirkungen immer gleichzeitig vorhanden wären. Dann giebt dieses Statut allerdings keinen Fingerzeig für die Behandlung des anormalen Falls, den wir im Auge haben. So kann es z. B. nach gemeinem Recht nicht vorkommen, dafs die Voraussetzungen des Erbschaftserwerbs für eine Person vorlägen, die Voraussetzungen für die Haftung für Erbschaftsschulden hingegen nicht. Das Gesetz bindet hier die eine Wirkung unmittelbar an die andere. Ebenso treten mit dem Erwerbe des Eigentums von selbst und in jedem Falle die mit dem Eigentum etwa verbundenen obligatorischen Pflichten ein (z. B. die Pflicht zur Abteilung beim Miteigentum). Gerade diese Fälle aber der Verbindung einer obligatorischen Pflicht mit einem absoluten Vermögensrecht gestatten eine nach allen Seiten hin befriedigende Behandlung ohne Verletzung der gefundenen internationalrechtlichen Grundsätze. Selbstverständlich ist nach diesen Grundsätzen, dafs das für das Erbrecht mafsgebende Statut dem auswärtigen Erben und dafs ebenso das Sachstatut dem auswärtigen Eigentümer keine Verpflichtungen auferlegen kann: nur das Personalstatut könnte das thun. Wohl aber kann das Erbstatut oder Sachstatut die Verpflichtungen indirekt auferlegen: wie es die Verleihung des Rechts davon abhängig machen kann, dafs der Erwerber vorerst (in einer auch nach seinem Personalstatut giltigen Weise) die Verpflichtungen besonders übernimmt, so kann es auch das Recht zwar verleihen, die Verpflichtungen zugleich aber als Minderungen des verliehenen Rechts wirken lassen, d. h. die Erfüllung der Verpflichtungen durch Entziehung oder Schmälerung des verliehenen Rechts erzwingen. Näher wird hiervon im Obligationenrecht bei den gesetzlichen Obligationen die Rede sein.

VI. Das Princip im Fall des Wechsels des mafsgebenden Statuts.

Das in den vorstehenden Abschnitten dargelegte Princip ist bestimmt, eine lückenlose Entscheidung der Frage zu geben, nach welchem Recht (Statut) beurteilt werden mufs, ob eine bestimmte von der Partei behauptete Rechtswirkung eingetreten, insbesondere ob ein bestimmtes subjektives Recht erworben, und wenn ja, ob es nachher wieder verloren sei. Je nach der Art des subjektiven

Rechts, um das es sich handelt — so wurde geantwortet — bestimmt sich, welche Art Statut mafsgebend ist, ob Personalstatut, Sachstatut u. s. w. Welche einzelne Rechtsordnung im konkreten Falle Personalstatut, Sachstatut u. s. w. ist, ergiebt sich von selbst: es ist immer die Rechtsordnung des Staats, für den die im Begriff des Personalstatuts, des Sachstatuts u. s. w. gedachte Herrschaftsbeziehung zu Person, Sache, Gebiet konkret zutrifft. Sachstatut ist beispielsweise in jedem Augenblick die Rechtsordnung des Staats, auf dessen Gebiet sich die Sache befindet, welche Objekt des streitigen subjektiven Rechts ist. Nun war zunächst der Einfachheit halber angenommen worden, dafs die Rechtsfrage zur Entscheidung komme sofort, nachdem die angebliche Rechtswirkung eingetreten sein soll, dafs also die staatliche Herrschaftsbeziehung zu Person, Gebiet, Sache zur Zeit der Entscheidung dieselbe ist wie zur Zeit des Eintretens der angeblichen Rechtswirkung. Wie aber steht es, wenn zwischen dem Zeitpunkt der angeblichen Rechtswirkung und der Beurteilung des Rechtsfalls ein Zeitraum liegt und in diesem Zeitraum die Ausschlag gebende staatliche Herrschaftsbeziehung sich verändert hat? Wir meinen: wenn jetzt, im Augenblick der Entscheidung, für einen anderen Staat die Herrschaftsbeziehung zu der Person, der Sache u. s. w. hergestellt ist, als es im Augenblick der Fall war, wo die angebliche Rechtswirkung eingetreten sein soll? Oder anders ausgedrückt: das, was kraft des subjektiven Rechts beherrscht wird, ist nunmehr unter eine andere staatliche Herrschaft gekommen als unter der es bisher stand, und damit ist auch eine andere Rechtsordnung jetzt mafsgebend geworden als früher mafsgebend war: die Eigenschaft Personalstatut, Sachstatut zu sein, kommt jetzt einer anderen Rechtsordnung zu als damals. Wesentlich zwei Fälle sind es, die hier in Betracht kommen. Einmal: es handelt sich um Rechte an einer oder gegen eine Person; die Person hat ihre Heimat (Staatsangehörigkeit) geändert, früher war mithin jene Rechtsordnung mafsgebendes Personalstatut, jetzt ist es diese. Sodann: es handelt sich um Rechte an beweglichen Sachen; die Sache ist in ein anderes Rechtsgebiet gekommen, früher war mithin jene Rechtsordnung mafsgebendes Sachstatut, jetzt ist es diese[36]. Das gleiche Problem tritt folgeweise auch bei Rechten auf, die Macht über ein anderes Recht gewähren, wenn dieses andere Recht nunmehr in der soeben

[36] Auch der Fall gehört streng genommen hierher, dafs ein Gebiet in andere staatliche Herrschaft gekommen ist. Indes der Wechsel der Gebietshoheit läfst der Regel nach die Geltung der Privatrechtsordnung unberührt, und so kann dieser Fall aufser acht bleiben.

beschriebenen Weise unter die Herrschaft eines neuen Statuts gekommen ist. Wir wollen diesen Vorgang, dafs die für die mafsgebende Kraft des Statuts entscheidende staatliche Beziehung sich geändert hat und damit ein anderes Statut mafsgebend geworden ist, kurz als „Statutenwechsel“ bezeichnen — der Irrtum, als ob mit dem Wort der blofs zeitliche Wechsel der Gesetze in demselben Staat bezeichnet werden sollte, ist wohl nicht zu befürchten —; die beiden in Betracht kommenden Rechtsordnungen mögen das „alte“ und das „neue“ Statut genannt werden. Wie soll nun — das ist das Problem — nach dem Statutenwechsel die Rechtslage beurteilt werden, wenn unter der Herrschaft des alten Statuts eine bestimmte Rechtswirkung bereits eingetreten war (positive Gestalt des Falls) oder nicht hatte eintreten können (negative Gestalt des Falls)? Wie man sieht, zeigen diese Fälle neben ihrem internationalrechtlichen Charakter zugleich eine enge Verwandtschaft mit dem eben erwähnten Fall des blofs zeitlichen Wechsels der Gesetze in einem und demselben Rechtsgebiet, eine Verwandtschaft, die sich auch in der Entscheidung geltend macht. Die Lösung der aufgeworfenen Frage kann nur auf Grundlage des gewonnenen Internationalrechts-Princips erfolgen, bildet aber dann eine wichtige Ergänzung zu ihm.

Unser Princip hat uns gesagt: ob ein Recht erworben oder verloren sei, das ist immer und ausschliefslich nach der Rechtsordnung desjenigen Staats zu beurteilen, der zur Zeit des angeblichen Erwerbs oder Verlustes die völkerrechtlich anerkannte Rechtsmacht hatte, ein solches subjektives Recht zu verleihen und darum auch zu nehmen. Der für die Auswahl des mafsgebenden Statuts entscheidende Augenblick ist also immer der, in dem der Erwerb oder Verlust des Rechts erfolgt sein soll. Daraus ergeben sich für den Fall des Statutenwechsels sofort zwei völlig sichere Folgerungen.

Aufser Zweifel steht einmal, dafs für die Beurteilung aller künftigen Rechtswirkungen bezüglich dieser Sache, dieser Person von jetzt an ausschliefslich das neue Statut zu Grunde zu legen ist. Das heifst also für den positiven Fall: mag auch unter der Herrschaft des alten Statuts ein Recht entstanden sein, so entscheidet doch jedenfalls das neue Statut nunmehr über seine weiteren Schicksale, also darüber, ob es jetzt untergehen solle u. s. w. Und für den negativen Fall: war dieses bestimmte Recht unter der Herrschaft des alten Statuts nicht entstanden, so kann es doch nunmehr nach den Rechtssätzen des neuen Statuts entstehen, wenn der von dem neuen Statut erforderte Thatbestand sich verwirklicht.

Ebenso unzweifelhaft ist, dafs bei der Beurteilung der Vergangenheit lediglich das alte Gesetz zu Grunde gelegt werden darf. Das bedeutet wiederum für den positiven Fall: wenn nach dem früheren Statut eine Rechtswirkung bereits eingetreten, insbesondere ein bestimmtes subjektives Recht bereits entstanden (und unter der Herrschaft des früheren Statuts noch nicht wieder untergegangen) war, so kann diese Thatsache natürlich durch den Statutenwechsel nicht rückwärts aus der Welt geschafft werden. Factum infectum fieri non potest. Es ist also auch fürderhin anzuerkennen, dafs jene Rechtswirkung damals eingetreten, dafs insbesondere das subjektive Recht damals entstanden war und mindestens bis zum Statutenwechsel fortbestanden hat, mag auch nach neuem Statut eine solche Rechtswirkung aus solchen Thatsachen, wie sie vorgelegen haben, nicht entstehen können[37]. Und ebenso negativ: wenn die unter der Herrschaft des alten Statuts eingetretenen Thatsachen dem alten Statut zufolge nicht im stande gewesen waren, diese bestimmte rechtliche Wirkung hervorzubringen, insbesondere dieses bestimmte subjektive Recht ins Leben zu rufen, während sie nach dem neuen Statut diese Kraft gehabt haben würden, so bleibt doch sicher, dafs bis zum Statutenwechsel jene Rechtswirkung nicht eingetreten war, dafs insbesondere das subjektive Recht bis dahin nicht bestanden hat. Die Beurteilung der Vergangenheit wird durch den Statutenwechsel keine andere.

Fraglich ist nur, ob nicht durch die Thatsache des Statutenwechsels und mit ihr eine gegenwärtige Veränderung der faktischen Rechtslage, wie sie unter der Herrschaft des alten Statuts bestanden hatte, eintritt. Die Frage ist wiederum für den positiven und den negativen Fall zu stellen.

1) Der positive Fall. Unter der Herrschaft des alten Statuts war eine bestimmte Rechtswirkung eingetreten, insbesondere ein subjektives Recht entstanden, da der nach altem Statut für diese Rechtswirkung erforderliche Thatbestand verwirklicht war. Frage ist hier, ob das einmal entstandene Recht den Statutenwechsel überdauert, ob es also auch unter der Herrschaft des neuen Gesetzes weiter besteht, und dies selbst dann, wenn es aus dem

[37] Allerdings kann der Staat seinen Richtern befehlen, jene Rechtswirkung auch für die Vergangenheit als nicht geschehen zu behandeln (Anordnung „rückwirkender Kraft“ des durch den Statutenwechsel mafsgebend gewordenen Rechts), das wäre dann eine Kollisionsnorm in dem früher erörterten Sinne, eine Kollisionsnorm, die zwar den Richter dieses Staats bände, für die Gerichte aller anderen Staaten aber unbeachtlich wäre.

gleichen Thatbestande unter der Herrschaft des neuen Gesetzes nicht würde entstehen können.

Und hier ist nun wieder unmittelbar aus unserem Princip zu folgern, dafs das jetzt mafsgebende neue Gesetz völkerrechtlich die Macht hat, mit dem Statutenwechsel zugleich auch den Untergang des unter dem alten Statut entstandenen Rechts anzuordnen. Denn das neue Gesetz allein hat jetzt in souveräner Weise über dieses subjektive Recht zu gebieten. Dies ist die internationalprivatrechtliche Entscheidung; sie kann unter Zugrundelegung unseres Princips nicht zweifelhaft sein. Im Weiteren handelt es sich garnicht mehr um eine internationalprivatrechtliche Frage, sondern ausschliefslich um eine Frage nach dem materiellen Inhalt des neuen Statuts: will es die Aufhebung des unter der Herrschaft des alten Statuts entstandenen Rechts oder will es sie nicht? Für die Beantwortung dieser Frage scheint demnach der Inhalt der einzelnen Rechtsordnungen untersucht werden zu müssen. Trotzdem läfst sich hier etwas allgemeines sagen. Nämlich dies, dafs ein auf Aufhebung der entstandenen Rechte gerichteter Gesetzeswille nicht zu vermuten ist. Wir können hier dahingestellt sein lassen, in welchem Mafs sich wirkliche Völkerrechtssätze nachweisen lassen, die es den einzelnen Staaten für ihre materiellrechtliche Gesetzgebung zur Pflicht machen, die unter der Herrschaft eines fremden Statuts erworbenen Rechte trotz dem Statutenwechsel der Regel nach weiter fortdauern zu lassen. Solche, dem sogenannten Fremdenrecht angehörige, Völkerrechtssätze giebt es unzweifelhaft, so schwierig auch ihre theoretische Feststellung im Einzelnen sein mag; aber weder genügen sie für die Begründung jener Vermutung in ihrem vollen Umfange noch brauchen wir sie dazu: selbst wenn sie fehlten, würde die Vermutung doch berechtigt sein. Denn zweierlei steht fest: die Staaten erkennen gegenseitig ihre Souveränetät an, und alle verfolgen sie denselben Zweck, nämlich im eignen Interesse einen geordneten internationalen Rechtsverkehr zu ermöglichen; ein Ausflufs jener Anerkennung und zugleich eine unerläfsliche Vorbedingung für die Erreichung dieses Zwecks ist die Anerkennung, dafs die von dem früher mafsgebend gewesenen Statut einmal angeordnete Rechtswirkung trotz dem Statutenwechsel weiter fortbesteht. Demnach ist als Grundsatz aufzustellen — und dieser Grundsatz entspricht auch der wirklichen Rechtsübung —: *beim Statutenwechsel bleibt das entstandene Recht im Zweifel*, d. h. *nach dem vermutlichen Willen des neuen Statuts, als ein wohlerworbenes weiter bestehen*; und dafür ist ganz

gleichgiltig, ob dieses selbe Recht aus dem selben Thatbestande auch unter der Herrschaft des neuen Gesetzes hätte entstehen können. Und wie das erworbene Recht erworben bleibt, so bleibt auch das verlorene verloren, das veränderte verändert — man könnte wie von wohlerworbenen so auch von wohlverlorenen und wohlveränderten Rechten reden. Hat z. B. jemand ein Kind nach den Gesetzen des Staats, dem er und das Kind angehören, giltig adoptiert, und er erwirbt nachher mit dem Kinde die Staatsangehörigkeit in einem Staat, in dem er etwa wegen Mangels eines gehörigen Altersunterschieds das Kind nicht hätte adoptieren können, so bleibt die Wirkung der Adoption im Zweifel nunmehr doch bestehen.

Dieser Grundsatz gilt indes nur im Zweifel, er kann also Durchbrechungen durch den Willen des neuen Statuts erleiden, das ja doch in erster Linie jetzt für das Fortbestehen des Rechts mafsgebend ist. Dabei ist nicht an einen ausdrücklichen Gesetzessatz zu denken, der etwa den Untergang eines erworbenen Rechts deshalb, weil es eben unter der Herrschaft eines fremden Statuts erworben ist, anordnete; solche Rechtssätze finden sich schwerlich vor. Vielmehr kann das Fortbestehen des erworbenen Rechts mit dem Inhalt des neuen Statuts unverträglich sein.

a. Der erste hierher gehörige Fall ist der, dafs ein Recht von der Art und dem Inhalt, wie es das alte Statut verliehen hat, in dem neuen Rechtsgebiet nicht vorkommen kann, sei es weil ein solches Recht dem neuen Statut überhaupt unbekannt ist und darum natürlich auch nicht geschützt werden kann — Beispiele hierfür finden sich im Sachenrecht; man kann ferner den Fall konstruieren, dafs es eine väterliche Gewalt, wie sie in dem alten Heimatstaat erworben war, in dem neuen Heimatstaat überhaupt nicht giebt —, sei es weil es seines konkreten Inhalts wegen, der nach den Rechtsanschauungen im neuen Rechtsgebiet als unsittlich gilt oder verboten ist, nicht bestehen kann; man denke an den Fall, dafs ein Obligationsschuldner unter die Herrschaft eines neuen Personalstatuts tritt, welches eine Leistung, wie er sie kraft der früher begründeten Obligation schuldet, verbietet oder für sittlich verwerflich hält. Was wird in solchem Fall aus dem erworbenen Recht? Meines Erachtens wäre es unrichtig zu sagen, dieses Recht gehe nunmehr im Augenblick des Statutenwechsels unter — denn das nunmehr mafsgebende Gesetz enthält, da es Rechte solcher Art überhaupt nicht kennt oder anerkennt, auch keinen Rechtssatz, der Thatbestände, die seinen Untergang wirken könnten, festsetzte —, wohl aber mufs das erworbene Recht unter der Herrschaft des

neuen Statuts wirkungslos sein. Der Unterschied beider Auffassungen zeigt sich, wenn man den Fall ins Auge faſst, daſs hinterher durch einen nochmaligen Wechsel wiederum ein Statut maſsgebend wird, unter dem ein subjektives Recht solches Inhalts bestehen kann: nimmt man an, daſs das Recht mit dem ersten Statutenwechsel untergegangen sei, so bleibt es nunmehr trotz dem neuen Statutenwechsel erloschen; nach unserer Auffassung hingegen tritt es nunmehr von selbst wieder in volle Kraft. Es hat also in der Zwischenzeit bloſs, wie man das ausdrücken darf, geruht. Daſs dies die gerechtere Entscheidung ist, unterliegt wohl keinem Zweifel. Nur vor einem Miſsverständnis ist hier ausdrücklich zu warnen: solange das Recht „ruht", kann es nicht bloſs im Gebiet des maſsgebenden Statuts nicht ausgeübt werden, sondern auch in anderen Staaten nicht, selbst wenn nach dem Gesetz dieser Staaten ein solches Recht möglich wäre: denn maſsgebend ist eben das jetzige Statut, das dieses Recht nicht kennt. Das Ruhen des Rechts nach dem maſsgebenden Statut muſs daher auch von dem Richter jedes fremden Rechtsgebiets, der mit der Sache befaſst würde, anerkannt werden.

Anders liegt es, wenn das neue Statut zwar ein Recht genau des Inhalts, wie es ihn nach dem alten Statut hatte, nicht kennt, wohl aber an seiner Statt ein ähnliches, nur inhaltlich etwas anders zurechtgeschnittenes Recht, vielleicht sogar ein mit demselben Namen bezeichnetes. Dann wird das unter dem alten Statut entstandene Recht als dieses stellvertretende Recht aufrecht erhalten und geschützt werden. Z. B. der Inhalt der väterlichen Gewalt, auch der Inhalt des ehelichen Rechts ist nicht überall derselbe: wechselt nun das maſsgebende Statut, so kann die väterliche Gewalt, das eheliche Recht nur nach Maſsgabe dieses neuen Statuts ausgeübt werden. Die Frage, ob überhaupt die väterliche Gewalt, das eheliche Recht erworben sei, ist natürlich immer noch nach dem alten Statut zu beurteilen, es handelt sich hier nur um den Inhalt dieses Rechtes. Wenn beispielsweise das neue Statut einen väterlichen Nieſsbrauch am ganzen Vermögen des Kindes, wie ihn das alte Statut angeordnet hatte, als Ausfluſs der väterlichen Gewalt nicht kennt, so muſs dieser Nieſsbrauch nun auch für die Dauer der Herrschaft des neuen Statuts aufhören: die väterliche Gewalt besteht in dem neuen Rechtsgebiet zwar fort, aber doch nur mit dem minderen Inhalt, den ihr das neue Statut zuerteilt, also insbesondere ohne das Genuſsrecht des Vaters am Vermögen. Nur zur Verdeutlichung setze ich noch hinzu: hatte der Vater nach dem alten

Statut infolge des Niefsbrauchs etwa schon Eigentum an einzelnen Sachen (Früchten) aus dem Vermögen des Kindes erworben, so bleibt dieses Eigentum bestehen; denn es bildet ja ein selbständiges Recht: seiner Entstehung nach beruhte es auf der väterlichen Gewalt, seinem Fortbestehen nach nicht — es würde ja auch fortdauern, wenn noch immer das alte Statut mafsgebend wäre und unter seiner Herrschaft die väterliche Gewalt etwa aufgehört hätte.

b. Auch dann mufs das unter der Herrschaft des alten Statuts erworbene Recht mit dem Statutenwechsel untergehen, wenn das neue Statut zwar ein Recht genau dieses Inhalts ebenfalls kennt, aber gerade das Bestehen dieses konkreten Rechts in diesem konkreten Fall als völlig unverträglich mit seinen sittlich-rechtlichen Grundanschauungen ansieht. Eine unter der Herrschaft eines früheren fremden Personalstatuts etwa geschlossene Geschwisterehe würde in Deutschland nicht als wirksam angesehen werden können. Wir kommen darauf an späterer Stelle zurück.

c. Ein dritter hierher gehöriger Fall ist der, dafs das neue Gesetz zwar ein Recht dieses Inhalts, wie es ihn nach altem Statut hat, ebenfalls kennt, zugleich aber nicht blofs für den erstmaligen Erwerb dieses Rechts sondern auch für sein Bestehenbleiben eine bestimmte Voraussetzung aufstellt, also einen andauernden Zustand erfordert, während das alte Gesetz eine solche Dauervoraussetzung nicht gemacht hat. In diesem Falle mufs das unter der Herrschaft des alten Statuts erworbene Recht, wenn die Dauervoraussetzung, die das neue Statut macht, nicht gewahrt ist, während der Dauer der Herrschaft des neuen Statuts wiederum wirkungslos sein, „ruhen“. Erkennt z. B. das neue Gesetz ein Pfandrecht an Fahrnis überhaupt oder wenigstens mit voller Wirkung (vgl. Code civil Art. 2076) nur an, wenn der Pfandgläubiger den Besitz der Pfandsache hat, während das alte Gesetz ein solches Erfordernis nicht aufstellt, und der Pfandgläubiger hat unter der Herrschaft des alten Sachstatuts ein Pfandrecht erworben ohne zugleich den Besitz zu erwerben, so hat dieses Pfandrecht, wenn die Sache unter die Herrschaft des neuen Sachstatuts kommt und solange sie dort ist, auch keine oder wenigstens keine volle Wirkung, es sei denn der Gläubiger erhalte jetzt noch den Besitz der Pfandsache.

2) Der negative Fall. Unter der Herrschaft des alten Gesetzes sind Thatsachen eingetreten, welche nach dem alten Gesetz die Kraft, diese in Anspruch genommene Rechtswirkung hervorzurufen, nicht gehabt haben, während sie nach dem neuen Gesetz beurteilt diese Kraft gehabt haben würden. Insbesondere heifst

das also für die Entstehung eines Rechts: das, was an Thatsachen vorlag, genügte nach altem Statut nicht, um das subjektive Recht ins Leben zu rufen, während es nach neuem Statut genügt haben würde. Frage also, ob nunmehr durch den Statutenwechsel die bisher nicht eingetretene Rechtswirkung eintritt, insbesondere das noch nicht entstandene subjektive Recht jetzt entsteht. Hier ist nun, völlig in Analogie mit dem vorher Ausgeführten, dies zu sagen: nach unserem internationalrechtlichen Princip ist es allein das neue Statut, das über jene Frage zu entscheiden hat; demnach kommt alles auf den materiellen Inhalt des neuen Statuts an. Wiederum ist hier aber eine allgemeine Vermutung aufzustellen: beim Statutenwechsel bleibt im Zweifel, d. h. nach dem vermutlichen Willen des neuen Statuts, die ganze vorhandene Rechtslage unberührt; so wie die schon entstandenen Rechte fortbestehen, so bleiben auch die nicht entstandenen Rechte nicht entstanden, bis sich der zu ihrer Entstehung nach neuem Gesetz erforderliche Thatbestand nunmehr aufs neue verwirklicht. Das neue Gesetz knüpft ja die Rechtswirkung nicht daran, dafs sich dieser Thatbestand irgendwann einmal ereignet habe, sondern an das Sich-Ereignen der Thatsachen selbst. Die Thatsachen haben das, was sie an Kraft zur Herbeiführung der Wirkung hätten haben können, unter der Herrschaft des alten Gesetzes ohne Erfolg erschöpft, sie haben eine solche Kraft nun nicht mehr. Schliefsen also z. B. zwei Personen eine Ehe, die nach dem Recht des Staats dem sie angehören nichtig ist, etwa weil das erforderliche Alter einer Partei nicht vorhanden ist, und sie erwerben darauf die Staatsangehörigkeit in einem Staat, dessen Gesetzgebung eine Ehe auch mit einer Person dieses minderen Alters für giltig hält, so erlangt die damalige Eheschliefsung nun nicht etwa nachträgliche Wirksamkeit, sondern es mufs erst eine Wiederholung der Eheschliefsung oder mindestens eine Bestätigung erfolgen.

Wiederum gilt dieser Grundsatz indes nur im Zweifel, er kann also eine Durchbrechung durch den Willen des in letzter Instanz ja doch souverän mafsgebenden neuen Statuts erleiden. Der Fall ist dem dritten oben S. 156 besprochenen analog. Es kann vorkommen, dafs das neue Gesetz die Rechtswirkung nicht an ein einmaliges Ereignis als solches sondern an das Dasein eines bestimmten Zustandes, sei es des Zustandes schlechthin, sei es in Verbindung mit früheren Ereignissen, knüpft. Ist dieser Zustand bereits unter der Herrschaft des alten Gesetzes hergestellt ohne dort diese Rechtswirkung herbeizuführen, weil er nach altem Gesetz

dazu nicht genügte, und tritt nunmehr der Statutenwechsel ein, so mufs jetzt auch die bisher nicht entstandene Rechtswirkung eintreten. Sie tritt nicht deshalb ein, weil etwa nachträglich einem abgeschlossenen Ereignis, das zur Zeit seines Geschehens wirkungslos blieb, Wirkung verliehen würde, sondern weil jetzt der Zustand verwirklicht ist, an den das neue jetzt herrschende Statut die Wirkung anknüpft. Beispiele hierfür bietet die erwerbende und erlöschende Verjährung auf allen Rechtsgebieten; weitere Beispiele werden im Sachenrecht mitgeteilt werden.

Zweites Kapitel.

Besonderes überstaatliches International-Privatrecht.

Im vorigen Kapitel wurde dargestellt, welche Folgerungen für das internationale Privatrecht sich aus der allgemeinen völkerrechtlichen Grundlage ableiten lassen. Diese Folgerungen haben aber, worauf bereits anfänglich (S. 73) hingewiesen wurde, auch in ihrer völkerrechtlichen Geltung nur subsidiäre Kraft, das heifst sie sind nicht Völkerrecht, soweit für das Gebiet des internationalen Privatrechts besondere völkerrechtliche Sätze oder konkrete völkerrechtliche Titel etwas anderes festsetzen. Davon ist hier zu handeln.

I. Besondere abändernde Völkerrechtssätze.

Denkbar wäre zunächst, dafs die Folgerungen, die aus der allgemeinen völkerrechtlichen Grundlage gezogen sind, gerade für das Gebiet des internationalen Privatrechts durch besondere Rechtssätze modifiziert sind, mögen sich diese nun auf die allgemeinen Principien der Abgrenzung der staatlichen Herrschaft in ihrer Anwendung auf das Privatrecht beziehen oder nur auf Einzelheiten unter sonstiger Festhaltung jener Grundlagen. Es ist hier nicht davon die Rede, dafs der einzelne Staat durch seine innerstaatliche Gesetzgebung Sätze, die den allgemeinen völkerrechtlichen Grundsätzen widersprechen, als Recht einführen kann; vielmehr handelt es sich immer noch ausschliefslich um das internationale Privatrecht, das selbst Völkerrecht ist, und um die Frage, ob gerade für diesen Teil des Völkerrechts Rechtssätze existieren, die von den aus der allgemeinen völkerrechtlichen Grundlage abzuleitenden ab-

weichen. Ein solcher besonderer Rechtssatz müfste natürlich ebenfalls völkerrechtlicher Art sein; er würde nur da sein, wenn die vom Völkerrecht erforderten Entstehungsthatsachen eines Völkerrechtssatzes für ihn nachweisbar wären, und er hätte eben auch wieder nur die Kraft eines Völkerrechtssatzes, er würde zwar die Staaten binden, ihm entsprechendes Recht bei sich zu schaffen, würde aber als solcher noch nicht zugleich innerstaatliches, den Richter des einzelnen Staats bindendes Recht sein, hätte vielmehr für das innerstaatliche internationale Privatrecht nur mittelbare Bedeutung, in derselben Weise, in der das auch bei den aus der allgemeinen völkerrechtlichen Grundlage abgeleiteten Rechtssätzen der Fall ist, in jedem Staat mithin nur kraft besonderer Einführung als innerstaatlicher Rechtssatz durch Gesetzgebung oder Gewohnheit, oder mangels einer bestätigenden oder abändernden Anwendungsnorm kraft des vermutlichen Willens des Staats, dafs seine internationalprivatrechtlichen Rechtsnormen in Übereinstimmung mit den völkerrechtlichen Anforderungen stehen sollen.

Das Dasein solcher abändernder Völkerrechtssätze ist indes nicht nachweisbar. Insbesondere läfst sich ein Völkergewohnheitsrecht, das die allgemeine völkerrechtliche Grundlage gerade für das internationale Privatrecht abänderte, in keinem Punkt konstatieren, sofern man es nur mit den Erfordernissen eines Völkergewohnheitsrechts einigermafsen ernst nimmt und nicht jeder subjektiven Meinung die Geltung eines solchen zuspricht. Für diese negative Behauptung kann natürlich kein vollständiger Beweis geführt werden. Nur auf einige Punkte ist einzeln aufmerksam zu machen.

1) Der Satz, dafs die Form eines Rechtsgeschäfts sich nach dem am Ort der Errichtung geltenden Gesetz richte, ist hier n i c h t zu nennen. Hätte dieser Satz die Kraft eines Völkerrechtssatzes, so würde notwendig eine Völkerrechtspflicht jedes einzelnen Staates bestehen, ihn als innerstaatliches Recht bei sich gelten zu lassen. Nun gilt dieser Satz zwar in sehr weitem Umfang als innerstaatliches Recht, indes doch in den einzelnen Staaten in sehr verschiedener Begrenzung; die Überzeugung aber, mit seiner Einschränkung oder gar Abschaffung eine völkerrechtliche Pflicht zu verletzen, existiert nirgends — also kann von einem Völkergewohnheitsrecht hier keine Rede sein. Es ist wohl die Auffassung angedeutet worden, er könne subsidiäres Völkerrecht sein, gelte also nur soweit, wie ihn die einzelne Rechtsordnung nicht aufser Kraft gesetzt habe. Diese Auffassung aber würde wiederum auf der nicht seltenen Verwechslung von innerstaatlichem und völkerrechtlichem International-

Privatrecht beruhen. Als innerstaatliches Recht könnte er allerdings auch blofs subsidiär gelten. Als Völkerrecht aber — und nur von diesem ist hier die Rede — kann er nur entweder als zwingendes Recht oder garnicht, nicht aber subsidiär gelten. Nicht, als ob es nicht ergänzendes Völkerrecht geben könnte. Es kann ein solches geben in dem Sinne, dafs es bei Staatsverträgen die staatlichen Abmachungen ergänzt, ja es kann auch, soweit einseitige staatliche Willenserklärungen völkerrechtliche Bedeutung haben, den einseitigen Willen ergänzen; ferner kann das Völkerrecht in dem Sinne sehr wohl von blofs subsidiärer Natur sein, dafs es durch besondere Staatsvertragsakte zwischen den vertragschliefsenden Staaten aufser Kraft gesetzt werden kann. Nicht aber ist für einen Rechtssatz, der gerade die Herrschaftsabgrenzung zwischen den Staaten zum Inhalt hat und Pflichten zwischen ihnen setzt, eine Subsidiarität gegenüber dem einseitigen Willen des einzelnen Staats möglich: eine Pflicht, die mir nur obliegt, wenn ich will, besteht eben überhaupt nicht. — Von der Bedeutung des Satzes locus regit actum, insoweit er innerstaatliches Recht ist, wird später genauer gesprochen werden[38].

2) Nicht selten wird als ein allgemeingiltiger Satz des internationalen Privatrechts der hingestellt, die Person könne sich selbst einem beliebigen fremden Recht unterwerfen, sei es für einen einzelnen konkreten Fall oder eine einzelne Frage, sei es sogar für einen ganzen Komplex jetziger oder möglicher künftiger Rechtsbeziehungen. Dafs dieser Gedanke einer Selbstunterwerfung unter fremdes Recht so ausgesprochen unmöglich ist, kann erst in anderem Zusammenhang (II Buch Kap. II Nr. III) nachgewiesen werden. Jedenfalls ist das eine von vornherein sicher, dafs die Herrschaft, welche dem Staat über eine Person zusteht, und welche der Staat mittels seiner Gesetze über diese Person ausüben will, durch den Willensakt dieses Einzelnen nicht hinfällig gemacht werden kann. Soll die sogen. Selbstunterwerfung unter fremdes Recht also überhaupt irgend eine Wirkung haben, so kann sie das nur, soweit die Rechtsordnung, der die Person untersteht, diese Wirkung anordnet.

3) Eingreifender ist die Frage, auf die schon oben S. 104 hingewiesen wurde, ob für die Abgrenzung der staatlichen Herrschaft über Personen in Bezug auf das internationale Privatrecht eine Abweichung von dem allgemeinen Grundsatz dahin nachweisbar ist,

[38] Zweites Buch Kap. II Nr. II, und zweiter Teil erstes Buch Kap. IV Nr. II.

dafs die privatrechtlichen Beziehungen der Person nicht vom Heimatstaat, sondern vom Wohnsitzstaat beherrscht werden, dafs also das Recht des Wohnsitzstaats 'Personalstatut' sei. Auf diese Frage ist ein sicheres und unumwundenes Nein zu antworten. Jeder Blick auf die innerstaatlich geltenden Anwendungsnormen lehrt, dafs ein solcher Satz als völkerrechtlich verbindlicher nicht allgemein anerkannt ist. Ebensowenig ist freilich der Satz, dafs die Staatsangehörigkeit entscheidend sei, allgemein durchgeführt. Aber darum besteht vom Gesichtspunkt des Völkerrechts aus doch keine Lücke: vielmehr bleibt, da ein Sondersatz fehlt, die allgemeine völkerrechtliche Regel der Personalhoheit des Staats über seine Staatsangehörigen folgerungsweise in Kraft. Wenn einzelne Staaten den Wohnsitz statt der Staatsangehörigkeit entscheidend sein lassen, so geben sie damit Kollisionsnormen von innerstaatlicher Geltung; davon wird später (Buch II Kap. IV) die Rede sein.

4) Eine völkerrechtliche Änderung der allgemeinen Herrschaftsabgrenzung in ihrer Anwendung auf das Privatrecht bereitet sich vielleicht in Bezug auf gewisse absolute Rechte vor, die nicht Herrschaft über Sachen oder Personen gewähren. Davon wurde schon oben S. 139 fg. gesprochen. Eine Wirklichkeit ist aber diese Änderung jedenfalls zur Zeit noch nicht.

II. Besondere abändernde völkerrechtliche Titel zwischen einzelnen Staaten.

Die sämtlichen aus der völkerrechtlichen Grundlage entwickelten Sätze des internationalen Privatrechts haben auch völkerrechtlich genommen keine Geltung zwischen den Staaten, zwischen denen durch besondere völkerrechtliche Thatbestände, und zwar durch Herkommen oder durch Verträge, die diese Staaten miteinander geschlossen haben, etwas anderes festgesetzt ist. Das ist eben wieder ein allgemeiner völkerrechtlicher Satz, dafs Herkommen und Verträge Quelle von Rechtswirkungen für die Staaten sind. Herkommen und Staatsvertrag können sich nun gerade auch auf internationalprivatrechtliche Fragen beziehen, wie sie oft genug ebenso auch Fragen des materiellen Privatrechts betreffen. Namentlich in Staatsverträgen sind Bestimmungen internationalprivatrechtlicher Art sehr häufig. Vielfach bestätigen sie nur die Folgerungen, die aus der allgemeinen völkerrechtlichen Grundlage schon ohnehin gezogen

werden müssen[39], in anderen Fällen ändern sie diese aber auch ab. Das heifst: der eine Staat kann dem anderen ein Stück seiner staatlichen Gewalt vertragsmäfsig einräumen, und zwar ein Stück der Herrschaft, die er durch seine Befehle und Erlaubnisse privatrechtlicher Art ausüben darf, mag diese Herrschaft Personalhoheit oder Gebietshoheit sein. Die Abänderung kann eine sehr weitgreifende sein: als Beispiel diene, dafs die für das internationale Privatrecht so wichtige Konsulargerichtsbarkeit von Deutschland „in den Ländern ausgeübt wird, in welchen ihre Ausübung durch Herkommen oder durch Staatsvertrag gestattet ist“[40]; sie kann auch ganz beschränkte Punkte umfassen: so soll nach dem Konsularvertrag zwischen dem Deutschen Reich und Brasilien[41] für die Erbfolge von Angehörigen des einen Staats, die im Gebiet des anderen Staats sterben, zwar das Heimatrecht, wie das grundsatzmäfsig ist, mafsgebend sein; „wenn indessen ein Angehöriger desjenigen vertragschliefsenden Teiles, in dessen Gebiet der Nachlafs eröffnet ist, neben Erben, welche diesem Teile nicht angehören, Ansprüche auf die Erbschaft hat, so kann der erstere verlangen, dafs sein Erbanteil nach den in dem bezeichneten Gebiete geltenden Gesetzen bestimmt wird.“ Wie beschränkt aber auch die Abänderung sei: rückwirkend ist jede solche internationalprivatrechtliche Abänderung zugleich eine Abänderung in der Abgrenzung der beiderseitigen staatlichen Herrschaftssphären, eine Aufgabe oder ein Zuwachs staatlicher Macht.

Wenn nun derartig ein das internationale Privatrecht betreffender Satz in einem Staatsvertrag — um nur von einem solchen zu reden — enthalten ist: welches ist dann seine Kraft und Bedeutung? Bei der Beantwortung setzen wir zunächst voraus, dafs die beiden an dem Vertrage beteiligten Staaten mit dem Vertrage lediglich über die Herrschaft verfügen, die ihnen nach allgemeinem Völkerrecht zusteht und nicht auch etwa in die Herrschaftssphäre dritter Staaten eingreifen. Die Wirkung des Vertrags ist nun, so lange eine entsprechende innerstaatliche Gesetzgebung der beteiligten Staaten oder eines von ihnen noch nicht erfolgt ist, zunächst natür-

[39] Als Beispiel statt aller Art. 23 Abs. 1 des Konsularvertrags zwischen dem Deutschen Reich und Griechenland vom 26. November 1881: „Das Erbrecht sowie die Teilung des Nachlasses des Verstorbenen richten sich nach den Gesetzen seines Landes.“

[40] Deutsches Reichsgesetz über die Konsulargerichtsbarkeit vom 10. Juli 1879 § 1.

[41] vom 10. Januar 1882 Art. 35.

lich eine rein völkerrechtliche. Vor allem wirkt er völkerrechtlich Rechte und Verbindlichkeiten zwischen den vertragschliefsenden Staaten: der eine Staat gewinnt ein Forderungsrecht gegen den anderen darauf, dafs dieser eine jenem Satz entsprechende innerstaatliche Anwendungsnorm schaffe. Aber nicht nur dies. Die Wirkung des Vertrags geht völkerrechtlich auch weiter; er wirkt — wenn es erlaubt ist, in civilistischen Begriffen zu reden — nicht blofs obligatorisch, sondern auch dinglich: er verschiebt die Herrschaftsgrenze zwischen den beiden beteiligten Staaten mit Wirkung gegenüber allen dritten Staaten, so dafs die neue Herrschaftsabgrenzung nunmehr ihnen allen gegenüber als völkerrechtlich zu Recht bestehend gilt, auch wenn sie, wie gesagt, von dem einzelnen beteiligten Staat noch nicht zu einem Bestandteil seiner innerstaatlichen Rechtsordnung gemacht ist. Und das hat eine äufserst wichtige Folge für die Behandlung internationalprivatrechtlicher Fälle. Jene Vertragsbestimmung (oder jenes Herkommen) ist gerade so Völkerrecht, wie das allgemeine grundsatzmäfsige Völkerrecht, und hat in dieser Eigenschaft und wegen ihrer auch internationalprivatrechtlich ganz die oben S. 74 ff. gezeichnete Bedeutung. Das heifst: auch der Richter eines unbeteiligten dritten Staats müfste, wenn ihm nicht eigne Anwendungsnormen seines eignen Staats etwas anderes befehlen, also subsidiär, jene Abänderung der völkerrechtlichen Herrschaftsabgrenzung bei der Entscheidung des internationalen Privatrechtsfalls verwerten, eben weil er nach dem vermutlichen Willen seines eignen Staats die Entscheidung dem Völkerrecht gemäfs finden soll; ja aus diesem selben Grunde müfste auch der Richter des vertragschliefsenden Staats selbst, obwohl sein eigner Staat die dem Staatsvertrage entsprechende Anwendungsnorm als innerstaatlichen Rechtssatz noch nicht eingeführt hat, doch mangels einer entgegenstehenden Anwendungsnorm seines eignen Staats ebenfalls die internationalprivatrechtlichen Konsequenzen jener völkerrechtlichen Änderung bereits ziehen.

Praktisch liegt also die Sache für den durch keine positive Anwendungsnorm gebundenen Richter so: für die Entscheidung eines konkreten Falles mufs er zuerst ermitteln, welcher Staat nach allgemeinen Grundsätzen die für die internationalrechtliche Behandlung des Falls mafsgebende Herrschaft hat; sodann ist zuzusehen, ob etwa konkrete Rechtstitel vorliegen, durch welche die Herrschaft dieses also bestimmten Staats in dieser internationalrechtlichen Beziehung an einen anderen Staat übergegangen ist: das Recht dieses anderen Staats ist dann anstatt des Rechts des ersteren mafsgebend.

Die gezeichnete Bedeutung hat der Staatsvertrag (oder das Herkommen), selbst wenn die beteiligten Staaten ihn nicht als innerstaatliches Recht eingeführt haben. Ist dies geschehen, so erhalten damit nun für das Gebiet des Staats, der ihn eingeführt hat, seine internationalrechtlichen Bestimmungen die Kraft positiver Anwendungsnormen; sie gehen also jetzt auch älteren abweichenden Kollisionsnormen, die in diesem Staat etwa bestehen möchten, vor. Für dritte Staaten haben diese Vertragsbestimmungen in dieser ihrer zweiten, neuen Eigenschaft als innerstaatliche Kollisionsnormen keine Bedeutung — wir wissen ja, dafs die innerstaatlichen Kollisionsnormen immer nur den Richter des Staats binden, in dem sie gelten —, wohl aber haben sie in ihrer ersten, ja nicht verloren gegangenen Eigenschaft als Völkerrecht nach wie vor die oben bezeichnete Kraft. Gerade darum ist es so völlig unstatthaft, diese Vertragsbestimmungen ohne weiteres mit den Kollisionsnormen des einzelnen Staats auf eine Stufe zu stellen: diese Gleichstellung gründet sich nur auf ihre Eigenschaft als innerstaatliches Recht, sie läfst aber ihre erstentstandene folgenreiche Eigenschaft als Völkerrecht aufser Betracht. Und doch darf das nicht geschehen, immer sind beide Eigenschaften zu berücksichtigen, schon deshalb, weil sie beide, obwohl sie meist, ja fast immer zusammentreffen, doch auch vereinzelt vorkommen können. Der Staatsvertrag kann als solcher giltig und doch nicht als innerstaatliches Recht eingeführt sein[42], und das innerstaatliche Recht kann bestehen bleiben, obwohl jener Staatsvertrag längst aufser Kraft getreten ist[43].

Anders steht es, wenn — was ja doch denkbar ist — die vertragschliefsenden Staaten mit ihrer Abmachung nicht blofs die Grenzen der ihnen nach allgemeinem Völkerrecht zustehenden Gesetzgebungsgewalt verändert, sondern in den völkerrechtlich feststehenden Herrschaftskreis eines anderen Staats eingegriffen, wenn sie also bestimmt haben, dafs das Recht des einen oder des anderen von ihnen in bestimmten Fällen mafsgebend sein solle, die nach der allgemeinen völkerrechtlichen Herrschaftsabgrenzung der

[42] Z. B. ist der Beitritt von Monaco zur Berner Litterar-Konvention vom 9. September 1886 im Reichsgesetzblatt nicht publiziert, s. Sehling, die Gesetzgebung des Deutschen Reiches 2. A. S. 378 N. 2.

[43] Z. B. ist, wie mitgeteilt wird, der Konsularvertrag zwischen dem Deutschen Reich und Serbien vom 6. Januar 1883 am 25. Juni 1893 durch Kündigung der serbischen Regierung erloschen, dies ist aber im Reichsgesetzblatt nicht publiziert, s. Niemeyer, Positives internationales Privatrecht I § 75 S. 53.

rechtlichen Herrschaft eines dritten Staats unterliegen, z. B. wenn sie etwas über die erbrechtliche Behandlung von Angehörigen eines dritten Staats in ihren Staaten ausgemacht haben. Ein solcher Vertrag würde zwar immer noch völkerrechtliche Rechte und Pflichten zwischen den vertragschliefsenden Staaten selbst erzeugen. Hingegen Bestandteil der völkerrechtlichen Ordnung selbst würde er nicht werden. Und das hätte für die Behandlung internationalprivatrechtlicher Fälle folgende Bedeutung. Nicht nur würde mangels einer besonderen Anwendungsnorm der Richter jedes dritten Staats den Vertrag zu ignorieren haben und immer noch der allgemeinen völkerrechtlichen Grundlage gemäfs das anzuwendende Recht bestimmen müssen, sondern auch der Richter eines der vertragschliefsenden Staaten selbst würde mangels besonderer Anwendungsnorm das Gleiche zu thun haben: solange der Vertrag noch nicht als innerstaatliches Recht in seinem Staat eingeführt ist, existiert er auch als solches für ihn nicht, mangels einer anderen Anwendungsnorm hat er also wieder das anzuwendende Recht den allgemeinen völkerrechtlichen Grundsätzen gemäfs zu bestimmen, entsprechend dem vermutlichen Willen seines eignen Staats. Wenn hingegen der vertragschliefsende Staat die vertragsmäfsige Bestimmung als innerstaatliches Recht eingeführt hat, so bleibt das zwar für Richter eines dritten Staats immer noch belanglos, für die Richter des einführenden Staats selbst aber ist damit eine bindende Anwendungsnorm geschaffen: der eingeführte Rechtssatz ist zu einer positiven Kollisionsnorm dieses Staats geworden und hat wie alle Kollisionsnormen für die Richter dieses Staats, aber auch nur für sie, bindende Kraft.

Hiernach erwächst dem internationalen Privatrecht die Aufgabe, alle auf Herkommen oder Staatsvertrag beruhenden Abänderungen der Herrschaftsabgrenzung zwischen den Staaten, soweit die Abänderung sich auf das internationale Privatrecht bezieht, zu sammeln und darzustellen, und zwar müfsten sie, systematisch streng genommen, nicht blofs als Teil der innerhalb der betreffenden Staaten geltenden positiven Anwendungsnormen aufgeführt werden — denn ob sie das sind, hängt wie gesagt von ihrer Einführung durch den einzelnen Staat ab —, sondern bereits bei der allgemeinen Darstellung der völkerrechtlichen Grundlage, auf der die Entscheidung internationalprivatrechtlicher Fragen mangels besonderer Kollisionsnormen des einzelnen Staats beruht. Das soll übrigens kein ernsthafter Rat in Bezug auf die Anordnung künftiger Darstellungen sein: praktische Gründe werden es immer richtig erscheinen lassen, die

gedachten Abänderungssätze nur einmal und zwar bei der Darstellung der innerhalb des einzelnen Staats geltenden Kollisionsnormen mit zu besprechen; nötig wäre nur, ihre Eigenschaft als Völkerrecht dabei in sicherer Weise zu kennzeichnen. In dem Plane dieses Buchs liegt weder eine solche Materialiensammlung — dem Bedürfnis nach ihr dient Niemeyer's 'Positives internationales Privatrecht' — noch eine Bearbeitung des Materials: es genügt für unsere Zwecke, dafs die Aufgabe genau bezeichnet wurde.

Drittes Kapitel.

Unvollkommnes überstaatliches International-Privatrecht.

Die Entscheidungen des internationalen Privatrechts sind nur Folgerungen aus der völkerrechtlichen Herrschaftsabgrenzung. Soweit diese geschehen ist, sind auch jene Entscheidungen zweifellos. Solange und soweit hingegen in der völkerrechtlichen Grundlage noch Lücken und Konflikte vorkommen, mufs notwendig auch das internationale Privatrecht noch Lücken und Konflikte darbieten: darauf wurde von vornherein (S. 78) hingewiesen. Eben weil diese Unvollkommenheiten des internationalen Privatrechts nur Folgezustände der völkerrechtlichen Grundlage sind, können sie auch niemals mit den Mitteln des internationalen Privatrechts, sondern nur an der Wurzel des Übels selbst, also im Völkerrecht, geheilt werden. Es scheint mir, wie früher gesagt, ein Vorteil der in diesem Buch vertretenen principiellen Auffassung, dafs sie das Erreichbare vom Unerreichbaren mit Sicherheit zu trennen gestattet.

Die völkerrechtliche Herrschaft beruht auf Personalhoheit und Gebietshoheit; in beiderlei Beziehung weist aber die Abgrenzung der Herrschaftskreise der einzelnen Staaten untereinander Unvollkommenheiten auf. Mit Unvollkommenheiten sind hier nur die Fälle gemeint, wo die rechtliche Grundlage der Herrschaftsabgrenzung selbst bereits unvollkommen ist, wo also die Rechtsgrundsätze der Herrschaftsabgrenzung lückenhaft oder widerspruchsvoll oder unsicher sind, nicht aber die, wo vom Standpunkt des Rechts aus eine Herrschaftsabgrenzung ganz bestimmter Art vorhanden ist und nur im einzelnen Fall darüber Unsicherheit herrscht,

welche konkrete Abgrenzung diesen unzweifelhaften Rechtsgrundsätzen gemäfs ist: nur die konkreten Thatsachen, durch welche die Herrschaftsabgrenzung bedingt ist, sind letzterenfalls zweifelhaft, also 'non ius deficit sed probatio'. Wie diese Schwierigkeiten der Ermittlung, des Beweises zu behandeln sind, das kann nicht das Völkerrecht, sondern nur die Rechtsordnung des Staats sagen, der den einzelnen Privatrechtsstreit zu entscheiden hat. Mithin ist auf diese Fälle erst in dem Abschnitt über das innerstaatliche Recht einzugehen. Nur die erstgenannten Fälle stehen jetzt schon zur Untersuchung.

Dieses Kapitel hat demnach eine dreifache Aufgabe. Es soll sowohl für die Personalhoheit wie für die Gebietshoheit auf die Fälle unvollkommener Abgrenzung einzeln hinweisen — ohne dafs übrigens eine Darstellung der betreffenden völkerrechtlichen und staatsrechtlichen Lehren an dieser Stelle geplant sein könnte: der Finger wird auf die einzelnen wunden Stellen gelegt, die nähere Untersuchung der Wunden aber bleibt dem Völker- und Staatsrecht überlassen. Es soll ferner die Rückwirkung dieser Unvollkommenheiten auf die Fragen des internationalen Privatrechts darlegen; es soll endlich erörtern, in welcher Weise man sich bei diesen internationalrechtlichen Schwierigkeiten zu helfen hat. Es sei hier noch einmal daran erinnert, dafs auch dieses Kapitel sich allein auf das wahre internationale Privatrecht bezieht; vom interlokalen wird erst in Buch III die Rede sein.

Zunächst erwächst eine Schwierigkeit, die hier ausgeschaltet werden soll. Sie betrifft die Frage, welche Staaten überhaupt als völkerrechtlich vollberechtigt in Betracht kommen. Das Völkerrecht ist eine Ordnung unter Gleichen. Insbesondere seine Folgerung, die wir als internationales Privatrecht erkannt haben, setzt eine wenigstens im allgemeinen anerkannte Gleichwertigkeit der einzelnen Rechtsordnungen voraus. Wie weit fehlt diese? Gilt eine Person, die einem Nichtkulturstaat staatsangehörig ist, überhaupt für das internationale Privatrecht als herrschaftsfrei, weil eben die Herrschaft jenes Nichtkulturstaats nicht anzuerkennen ist? und mufs ebenso auch ein Gebiet als herrschaftsfrei gelten, das einem Nichtkulturstaat angehörig ist? Diese Frage ist, wie man sieht, zunächst rein völkerrechtlich. Bei der Verwertung der völkerrechtlichen Antwort für das internationale Privatrecht würden dann noch specielle Überlegungen hinzutreten müssen, die sich auf den Inhalt der Rechtsordnung jenes Nichtkulturstaats beziehen, und mit dem, was im nächsten Buch im Kap. IV ausgeführt werden

wird, in Zusammenhang treten würden. Im Ergebnis würde sich zeigen, daſs die Frage nicht einheitlich zu behandeln ist: wie einerseits der Inhalt der Rechtssätze einen Unterschied macht, so andrerseits die Person, für die jene Rechtssätze Wirkung haben sollen. Man wird einen Vertrag zwischen zwei Europäern in einem Wildenstaat anders zu beurteilen haben als einen Vertrag zwischen zwei Eingeborenen, dessen Giltigkeit etwa vor einem europäischen Gericht zur Sprache käme. — Indes eben wegen ihres rein völkerrechtlichen Grundes verlangen alle diese Fragen eine Erörterung anderer Art, als sie das internationale Privatrecht mit seinen Mitteln und seiner Methode ihnen gewähren kann; die Untersuchung hätte vom reinen Völkerrecht auszugehen und wäre dann nach verschiedenen Seiten hin weitausgreifend zu führen, wenn sie wertvoll sein soll. Es wird daher zweckmäſsig und erlaubt sein, diese Fragen hier auſser acht zu lassen und sie ad separatum zu verweisen.

Wir erörtern im folgenden die Mängel in der Abgrenzung zuerst der Personenherrschaft, dann der Gebietsherrschaft. Diese Trennung ist aber nicht rein durchzuführen. Wenn zwischen zwei Staaten die Herrschaft über ein Gebiet streitig ist, so wirkt das zugleich auch immer auf die Herrschaft über Personen ein; mit dem Erwerb oder Verlust einer Gebietsherrschaft wird zugleich auch eine Herrschaft über die Personen erworben oder verloren, welche mit diesem Gebiet in näher zu bestimmender Weise zusammengehören. Jede Unvollkommenheit der Gebietsherrschafts-Abgrenzung ist darum auch folgeweise eine Unvollkommenheit in der Abgrenzung der Personenherrschaft. Diese Art der Unvollkommenheit wird daher bei jener von selbst mit besprochen, sie bedarf keiner besonderen Erwähnung; wenn im nächsten ersten Abschnitt die Unvollkommenheit in der Abgrenzung der Personenherrschaft behandelt wird, so ist nur eine Unvollkommenheit in Rücksicht auf einzelne Individuen gemeint, die als solche und nicht sozusagen nur als Zubehör eines Gebiets in Betracht kommen.

I. Unvollkommenheiten in der Abgrenzung der Personenherrschaft

1. gemäſs der Staatsangehörigkeit.

a. Die Fälle.

Soweit das Personalstatut, also das Recht desjenigen Staats maſsgebend ist, der diese bestimmte Person in dem entscheidenden

Augenblick deshalb, weil sie ihm staatsangehörig war, staatlich beherrscht hat, setzt die Lösung der internationalrechtlichen Frage voraus, dafs die Teilung der Herrschaft über die Personen nach ihrer Staatsangehörigkeit zwischen den einzelnen Staaten eine vollkommene ist, und sie wäre vollkommen, wenn jeder Mensch einem Staat angehörig wäre, aber auch nur einem. Dem gegenüber giebt es thatsächlich Personen, die eine mehrfache Staatsangehörigkeit haben, und solche, welche gar keine besitzen. Da die Abgrenzung der Personenherrschaft der verschiedenen Staaten gegeneinander etwas völkerrechtliches ist, so weist jeder Fall doppelter oder mangelnder Staatsangehörigkeit auf eine Unvollkommenheit der völkerrechtlichen Abgrenzung zwischen den Personenherrschaften der verschiedenen Staaten zurück. Man mufs, um diese Unvollkommenheit zu finden, die Art der völkerrechtlichen Abgrenzung näher betrachten.

Die Herrschaft der Staaten über Personen — also von Seiten dieser Personen ihre Angehörigkeit zu einem bestimmten Staat — beruht einmal auf einer historisch gegebenen Verteilung der Personen unter die verschiedenen Staaten. Denn wenn auch die Staatsangehörigkeit gemäfs abstrakten Gesetzen erworben wird, so ist der Erwerb doch in den wichtigsten und meisten Fällen daran geknüpft, dafs eine andere Person die Staatsangehörigkeit bereits habe: der Erwerb wird durch Eintreten eines familienrechtlichen Bandes (Eheschliefsung, Abstammung, Begründung der väterlichen Gewalt) vermittelt, die Staatsangehörigkeit der einen Person wird hier auf eine andere sozusagen erstreckt. Demnach ist für jeden Staat ein gewisser Bestand staatsangehöriger Personen als gegeben vorauszusetzen und wird auch völkerrechtlich als solcher anerkannt — wie ja auch ein wirklicher Beweis der jetzigen Staatsangehörigkeit einer Person bei jenen „derivativen“ Erwerben garnicht zu führen ist; die probatio diabolica wird hier durch die Berufung auf die Unvordenklichkeit überflüssig gemacht —. Bereits in dieser ursprünglichen Personenverteilung kommen nun Lücken vor — es hat immer Menschen gegeben, welche jeder Eingliederung in einen Staat entgangen sind —, und ebenso ist andrerseits mehrfach auch ein Verhältnis doppelter Staatsangehörigkeit historisch gegeben, ein Verhältnis, das sich dann natürlich ebenso wie das der mangelnden Staatsangehörigkeit immer weiter fortsetzen kann.

Die Quelle der soeben bezeichneten Konflikte und Lücken ist eine Unvollkommenheit der ursprünglichen völkerrechtlichen Ver-

teilung. Eine weitere Quelle ist die Unvollkommenheit der abstrakten völkerrechtlichen Ordnung, die sich auf Erwerb und Verlust der Staatsangehörigkeit bezieht. Einen wahrhaft völkerrechtlichen Satz nämlich, der die Thatbestände für Erwerb oder Verlust der Staatsangehörigkeit im Einzelnen festsetzte, giebt es nicht. Jeder Staat formiert vielmehr die Thatbestände, aus denen er die Staatsangehörigkeit bei sich erwerben oder verlieren lassen will, selbständig; es mögen nur gewisse ganz allgemeine Grundsätze, welche regulativ für die staatsrechtlichen Ordnungen der einzelnen Staaten sein wollen, völkerrechtlich existieren: im kleinen Detail dieser Ordnungen sind die einzelnen Staaten aber völkerrechtlich nicht gebunden — und darin liegt die beklagenswerte Unvollkommenheit des Völkerrechts an dieser Stelle. Die einzelnen staatlichen Gesetzgebungen weichen nun in ihren Regeln über Erwerb und Verlust der Staatsangehörigkeit vielfach von einander ab. Sofern etwa ein Staat dabei über jene regulativen Grundsätze hinausginge und Staatsangehörigkeit bei sich auf Grund von Thatsachen annähme, die nach allgemeiner Anschauung keinesfalls geeignet sind jenes Verhältnis zu begründen, würde man das staatliche Gesetz wohl als völkerrechtswidrig ansehen; die Staatsangehörigkeit einer Person zu diesem Staat auf Grund dieses Gesetzes brauchte kein dritter Staat, auch ein sachlich ganz uninteressierter nicht, anzuerkennen: der Konflikt entspränge dann dem Verstofs eines Staats gegen das Völkerrecht, nicht einer Unvollkommenheit des Völkerrechts selbst. Von diesem Falle ist im weiteren abzusehen, denn thatsächlich sind die verschiedenen staatlichen Gesetzgebungen entsprechend jener die Grundlagen betreffenden völkerrechtlichen Gebundenheit inhaltlich so abgestimmt, dafs sie in der Hauptsache miteinander einen Zusammenklang bilden; die Ungleichheiten bleiben nur im Detail, hier sind sie freilich bedeutend genug. Aber jeder staatliche Rechtssatz in dieser Beziehung ist, wie sehr er auch von denen anderer Staaten abweicht, doch nicht völkerrechtswidrig: das Völkerrecht selbst ist hier vielmehr unvollkommen. Demnach bedeutet denn auch die Staatsangehörigkeit einer Person an einen bestimmten Staat in erster Linie, dafs diese Person diesem Staat vom Standpunkt der Rechtsordnung gerade dieses selben Staats angehörig ist. Und das hat die praktische Folge: das Gericht, das über die Staatsangehörigkeit zu befinden hat, mufs die Frage, ob eine gewisse Staatsangehörigkeit vorliegt, ausschliefslich nach dem Recht des Staats beurteilen, zu dem die Staatsangehörigkeit behauptet oder irgendwie sonst in Frage gekommen ist. Wenn

also nur nach dem Recht eines einzigen Staates die Staatsangehörigkeit zu diesem Staat begründet ist, so kann trotz der Abweichung der verschiedenen Gesetzgebungen ein Konflikt nie eintreten: der Richter hat diese Staatsangehörigkeit als vorhanden anzunehmen, mögen auch nach dem Recht des Staats, der dem Richter zu gebieten hat, andere Grundsätze über den Erwerb der Staatsangehörigkeit gelten, so dafs also die Staatsangehörigkeit zum Staat des Gerichts unter entsprechenden Umständen zu verneinen wäre. Der Staat, der gemäfs seiner Rechtsordnung die Staatsangehörigkeit bei sich bejaht, geht völkerrechtlich solange jedenfalls vor, als sich kein anderer Staat mit anderem Anspruch ihm entgegenstellt.

Diese Beurteilung der Staatsangehörigkeit nach der Rechtsordnung der einzelnen Staaten kann nun aber wegen der Ungleichheit der staatlichen Rechtsordnungen das Ergebnis erbringen, dafs für eine und dieselbe Person nach dem Recht mehrerer Staaten Staatsangehörigkeit je zu dem eignen Staat zu bejahen, oder nach dem Recht jedes einzelnen Staats je zu dem eignen Staat zu verneinen ist: damit haben wir den Fall einer völligen Neuentstehung des Verhältnisses doppelter oder mangelnder Staatsangehörigkeit. Die Staatsangehörigkeit in dem einen Staat kann nach seinem Gesetz erworben werden, ohne dafs die bisherige Staatsangehörigkeit nach dem Gesetz des bisherigen Angehörigkeitsstaats verloren geht; und umgekehrt die Angehörigkeit zu dem bisherigen Staat kann nach dessen Gesetz verloren gehen, ohne dafs eine neue Staatsangehörigkeit in einem anderen Staat erworben wird. Ja unter besonderen Umständen kann sogar gleichzeitig in zwei Staaten Staatsangehörigkeit einer Person neu entstehen; der Fall einer gleichzeitigen Verleihung der Staatsangehörigkeit in zwei Staaten ist wenigstens nicht undenkbar. Das nähere übrigens sehr lehrreiche Detail dieser Fälle kann nur auf Grund einer vergleichenden Untersuchung der in den verschiedenen Staaten bestehenden Gesetzgebungen über Erwerb und Verlust der Staatsangehörigkeit gegeben werden[44]; eine solche staatsrechtliche Arbeit liegt indes nicht im Rahmen dieser internationalrechtlichen Untersuchung, es mufs hier genügen, auf das Dasein jener Gesetzesdisharmonien einfach hingewiesen zu haben, aus denen Doppelheit oder Mangel der Staatsangehörigkeit entspringt.

[44] Vgl. vor allem v. Martitz, Das Recht der Staatsangehörigkeit im internationalen Verkehr, in Hirths Annalen 1875 S. 793 ff., 1113 ff.

b. Rückwirkung auf das internationale Privatrecht.

Da hiernach jeder Fall doppelter oder mangelnder Staatsangehörigkeit eine Unvollkommenheit in der gegenseitigen Abgrenzung der staatlichen Herrschaftssphären ist, wirkt er auch einen Konflikt oder eine Lücke im internationalen Privatrecht. Die mehrfache Staatsangehörigkeit enthält einen Widerspruch in sich, denn die volle staatliche Herrschaft über eine Person kann nur als ausschliefsliche gedacht werden (s. oben S. 69, 97). In normalen Verhältnissen wird es zwar vielfach möglich sein, dafs eine Person ihre staatsbürgerlichen Pflichten zwei Staaten gegenüber erfüllt: man braucht diese Staaten indes nur im Krieg mit einander zu denken, um einen unlösbaren Pflichtenkonflikt vor sich zu haben. Wie dem aber auch sei, jedenfalls ist für das internationale Privatrecht eine doppelte Staatsangehörigkeit in ihren Konsequenzen unerträglich. Sie würde ja bedeuten, dafs für die Rechtsverhältnisse, die von dem Personalstatut dieser doppelt staatsangehörigen Person abhängen, jede der beiden Privatrechtsordnungen mafsgebend wäre. Ist das aber möglich? Es wäre denkbar, beide Rechtsordnungen kumulativ zur Anwendung zu bringen; soweit beide dann voneinander abwichen, würde das ergeben: eine von dem Personalstatut der Person abhängige Rechtswirkung kann nur eintreten, wenn beide Rechtsordnungen sie gleichmäfsig anordnen, es müfsten also insbesondere alle thatsächlichen Voraussetzungen nach jeder der beiden Rechtsordnungen gewahrt, und die Wirkung müfste nach jeder der beiden Rechtsordnungen möglich sein. Das bedeutet je nach den Umständen des Falls eine aufserordentliche Erschwerung der Rechtslage der Person oder eine ebenso aufserordentliche Bevorzugung; ja es kann, da beide Rechtsordnungen einander direkt widersprechen können, insbesondere da sie vielleicht einander ausschliefsende Thatbestandsvoraussetzungen aufstellen, sogar dahin führen, dafs bedeutsame Rechtsverhältnisse für diese Person überhaupt unmöglich sind. Es wäre ferner denkbar, die beiden Rechtsordnungen alternativ zur Anwendung zu bringen. Das würde bedeuten: jede Rechtswirkung tritt ein, wenn sie nur nach einer der beiden Rechtsordnungen begründet ist. Das würde nun wohl soweit angängig sein, wie die Wirkungen nach den beiden Rechtssätzen gleich sind oder sich als ein Minder und Mehr verhalten, zur Not auch da, wo sie ein So und Anders sind, die nebeneinander bestehen können, nicht aber da, wo sie ihrem Inhalt nach einander ausschliefsen. Und selbst in jener engeren Begrenzung würde mit diesem Aus-

weg thatsächlich das Princip, dafs jeder Staat Gewalt zur Privatrechtsgesetzgebung über seine Staatsangehörigen hat, bereits aufgegeben sein: er würde nur Macht haben, eine Rechtswirkung bezüglich der Person anzuordnen, nicht aber sie auszuschliefsen. Demselben Einwand unterworfen und überdies ganz willkürlich endlich ist es, die Möglichkeit doppelter Staatsangehörigkeit für das internationale Privatrecht dadurch zu retten, dafs man der Person selbst ein Wahlrecht giebt, nach welcher der beiden Rechtsordnungen sie in dem konkreten Rechtsstreit beurteilt werden will, oder gar dafs man ein gleiches Wahlrecht ihrem Gegner zuspricht. Nein, für das internationale Privatrecht mufs die Entscheidung lauten: jede Person hat nur eine für ihr Personalstatut mafsgebende Staatsangehörigkeit. Eine doppelte Staatsangehörigkeit bildet also immer einen unerträglichen Konfliktsfall.

Und ebenso ergiebt sich in jedem Falle mangelnder Staatsangehörigkeit immer eine für das internationale Privatrecht unerträgliche Lücke. Für die unmittelbar öffentlich-rechtlichen Beziehungen einer Person mag es erträglich sein, wenn sie keinem Staat angehört; die öffentlich-rechtlichen Rechte und Pflichten der Person fehlen dann eben. Nimmt aber kein Staat die Gewalt zur Privatrechtsgesetzgebung über eine Person in Anspruch, so steht diese thatsächlich aufserhalb des Privatrechts, und das geht aus selbstverständlichen Gründen nicht an: irgend eine Privatrechtsordnung mufs als Personalstatut auf sie anwendbar sein. Es mufs also, was das internationale Privatrecht angeht, jedenfalls ein Ersatz für die fehlende Staatsangehörigkeit beschafft werden.

Die soeben aufgezeigten Lücken und Konflikte setzen übrigens voraus, dafs die mehreren Staaten für die Bestimmung des Personalstatuts gleichmäfsig die Staatsangehörigkeit der Person als Ausschlag gebend anerkennen: von den Konflikten, die dadurch entstehen, dafs einzelne Staaten, entgegen der völkerrechtlichen Grundlage das Personalstatut nach dem Wohnsitz bestimmen, ist hier natürlich nicht die Rede: erst bei Besprechung der Kollisionsnormen im nächsten Buch läfst sich darauf zurückkommen. An dieser Stelle handelt es sich nur um die Konflikte, die sich bei einheitlicher Zugrundelegung des Princips der Staatsangehörigkeit daraus ergeben, dafs die Herrschaftsabgrenzung gemäfs diesem Princip nicht widerspruchs- und lückenlos erfolgt ist.

Mit den Mitteln des internationalen Privatrechts ist nun wie gesagt eine Beseitigung dieser Lücken und Widersprüche nicht möglich, nur das Völkerrecht ist die Instanz dafür. Freilich ist

völkerrechtlich eine Beseitigung der jetzt innerhalb der Kulturstaaten vorhandenen Einzelfälle mehrfacher oder mangelnder Staatsangehörigkeit durch vertragsmäfsige Übereinkunft der Staaten schwerlich zu erwarten. Am ehesten läfst sich noch auf eine völlige Ausgleichung der staatlichen Gesetzgebungen über Erwerb und Verlust der Staatsangehörigkeit in dem Sinne hoffen, dafs wenigstens für künftig neue Einzelfälle mehrfacher oder doppelter Staatsangehörigkeit nicht mehr entstehen können; die Widerstände, die einem internationalen Übereinkommen in dieser Beziehung entgegenstehen, sind grofs aber nicht unüberwindlich. Indes man braucht auf die Erreichung dieser weiteren Ziele nicht zu warten: was praktisch Not thut, ist eine Beseitigung der aus der mehrfachen oder mangelnden Staatsangehörigkeit gerade für das internationale Privatrecht hervorgehenden Übelstände; man könnte zunächst dieses nähere Ziel allein ins Auge fassen. Und hier darf man nun sicher sagen: die Schwierigkeiten, die gegen ein internationales Übereinkommen blofs dieses beschränkteren, rein internationalrechtlichen Inhalts geltend gemacht werden, sind jedenfalls mehr eingebildet als wirklich, da wie früher ausgeführt das egoistische Interesse der Staaten an der ausschliefslichen privatrechtlichen Beherrschung der Person kein grofses ist. In welchem Sinne eine solche Übereinkunft zu denken wäre, ergiebt sich aus dem Folgenden.

Da eine Übereinkunft zur Zeit noch fehlt, mufs sich der Richter des einzelnen Staats, soweit positive Anwendungsnormen seines eignen Staats fehlen, so gut es geht zu helfen suchen. Seine Entscheidungen werden immer mehr oder minder willkürlich bleiben; eine gewisse Wegweisung läfst sich indes doch aus völkerrechtlichen Erwägungen gewinnen.

c. Internationalrechtliche Behandlung.

α. Mehrfache Staatsangehörigkeit.

Zwei Staaten nehmen kraft ihres positiven Rechts jeder die Staatsangehörigkeit der Person für sich in Anspruch, wollen also folgeweise jeder seine eigne Privatrechtsordnung für die Person mafsgebend sein lassen. Die Gesetzgebungen beider Staaten stehen demnach in einem Widerspruch, einem „positiven Konflikt“ miteinander. Die Sachlage wird eine verschiedene sein, je nachdem das zur Entscheidung des Rechtsfalls berufene Gericht einem der beiden sachlich beteiligten oder einem unbeteiligten Staat angehört. Sachlich beteiligt wird hier jeder Staat genannt, welcher die Person als ihm selbst staatsangehörig ansieht. Natürlich kommt es nicht sowohl darauf an,

ob der Staat zur Zeit des Prozesses sachlich beteiligt ist, als vielmehr ob er es — dies folgt aus den Darlegungen des ersten Kapitels — in dem für die Lösung der Internationalrechtsfrage mafsgebenden Augenblick war.

1) Ist ein Gericht zur Entscheidung berufen, das einem der beiden beteiligten Staaten angehört, so mufs es im Zweifel das in seinem eignen Staat geltende Recht zur Anwendung bringen, auch wenn eine positive Anwendungsnorm seines Staats ihm das nicht ausdrücklich vorschreibt. Denn der Richter hat im Zweifel die Konsequenzen der staatsrechtlichen Grundlagen seines eignen Staats zu ziehen; erklärt sein Staat diese bestimmte Person als bei ihm staatsangehörig, so nimmt er damit auch privatrechtliche Gesetzgebungsgewalt über sie in Anspruch: der Rechtssatz über die Staatsangehörigkeit wirkt hier wie eine Kollisionsnorm.

2) Wie hingegen, wenn das Gericht eines unbeteiligten Staats zu entscheiden hat[45]? Mit den Mitteln des internationalen Privatrechts ist dieser Konflikt natürlich nicht zu lösen. Dafs nicht etwa das Gericht des unbeteiligten Staats sein eignes Recht in Anwendung bringen, also dem Staat die Herrschaft zusprechen darf, für den die Thatsachen zutreffen, aus welchen der Staat des urteilenden Gerichts die Staatsangehörigkeit bei sich selbst bejahen würde, versteht sich nach dem früher Gesagten von selbst. Da der Staat des urteilenden Gerichts die Staatsangehörigkeit der Person zum eignen Staat garnicht in Anspruch nimmt, so bleibt sein eignes Recht gleichgiltig, so gut wie es da gleichgiltig bleibt, wo überhaupt nur ein fremder Staat nach seiner Rechtsordnung den Wohnsitz im eignen Gebiet bejaht; übrigens würde die Anwendung der lex fori natürlich auch den Nachteil haben, dafs in den verschiedenen unbeteiligten Staaten, die etwa mit der Beurteilung der Sache befafst sein könnten, verschiedene Entscheidungen erfolgen würden. Die sonstigen Auswege, auf die in dieser Verlegenheit hingewiesen ist, sind verschiedenartig. Es hat Vieles für sich, auf die Verhältnisse des einzelnen Falls abzustellen und den „dem Individuum thatsächlich näheren Verband“ vorgehen zu lassen; Andere haben wegen der Unsicherheit dieses Entscheidungsmoments die Regel dadurch specialisiert, dafs sie für die Staatsangehörigkeit den Wohnsitz oder Aufenthalt in einem der beteiligten Staaten substituiert haben. Indes jedenfalls ist es notwendig, hier eine Regel noch voranzustellen. Wenn nämlich die beiden Staatsangehörigkeiten sich

[45] S. v. Bar I S. 257—258, 260—262; Neumann S. 45—47.

als ältere und jüngere unterscheiden lassen, erscheint es mir vom völkerrechtlichen Standpunkt aus angemessen, ja geboten, die ältere Staatsangehörigkeit vorgehen zu lassen. Erkennen die Staaten einmal die gegenseitige Souveränetät an, so spricht doch wohl Vieles dafür, dafs mangels einer anderweitigen Bestimmung der eine Staat die in dem anderen Staate vorhandene diesem bisher zustehende Herrschaft über eine Person als ihren Staatsangehörigen solange respektiert, bis dieser Staat selber seine Gewalt für erloschen erklärt. Die der Staatsangehörigkeit entsprechenden staatlichen Pflichten kann der zweite Staat übernehmen, auch wenn der erste Staat die Staatsangehörigkeit bei ihm noch für fortbestehend ansieht; das Machtverhältnis über den Einzelnen aber ist ausschliefslicher Natur, und daher kann es der zweite Staat vom völkerrechtlichen Standpunkt aus nicht begründen, solange der erste das seinige festhält. Erst wenn keine der beiden Staatsangehörigkeiten die ältere ist, würde der Richter in der Lage sein, die Verhältnisse des einzelnen Falls darauf hin zu prüfen, welche der beiden Rechtsbeziehungen die thatsächlich stärkere ist; Wohnsitz und Aufenthalt würden hierbei wichtige aber nicht die einzig ausschlaggebenden Momente sein: sie können das schon deshalb nicht sein, weil möglicherweise der Wohnsitz und der Aufenthalt im mafsgebenden Augenblick oder auch der gewöhnliche Aufenthalt in dem Gebiet eines dritten Staats vorhanden gewesen sind, nicht in dem Gebiet eines der beiden Heimatstaaten.

β. Mangelnde Staatsangehörigkeit[46].

Kein Staat betrachtet die Person als bei sich staatsangehörig, keiner nimmt deshalb die privatrechtliche Gesetzgebungsgewalt über sie in Anspruch, die Gesetzgebungen der mehreren Staaten lassen also eine Lücke in der Herrschaftsabgrenzung; man hat diesen Fall auch als den eines negativen Konflikts bezeichnet. Wiederum kann nichts darauf ankommen, ob etwa nach dem Recht des urteilenden Staats die Staatsangehörigkeit in diesem oder jenem Staat begründet wäre: es genügt, dafs dieser Staat selbst die Staatsangehörigkeit verneint. Hier tritt dann, da von den beiden staatlichen Herrschaftsgründen, der Personal- und der Gebietshoheit, der eine entfällt, der andere stellvertretend ein: die Person wird nur noch kraft Gebietshoheit beherrscht. Und zwar wird hier zweckmäfsig nicht sofort auf den momentanen Aufenthalt zurückgegriffen,

[46] v. Bar I S. 260, Neumann S. 47 ff.

sondern man nimmt das thatsächlich-rechtliche Verhältnis des Wohnsitzes an Stelle der Staatsangehörigkeit als entscheidend an, und dies sowohl dann, wenn die betreffende Person niemals eine Staatsangehörigkeit gehabt, wie auch dann, wenn sie ihre ehemalige Staatsangehörigkeit verloren hat, ohne eine neue zu erwerben. In diesem letzteren Falle auf die zuletzt vorhandene Staatsangehörigkeit abzustellen[47], ist eine Verlegenheitsentscheidung, für die rechtfertigende Gründe nicht beizubringen sind. Wenn nach dem Recht des Staats, dem die betreffende Person früher angehörte, die Staatsangehörigkeit verloren ist, so mufs jeder andere Staat diese Thatsache als zu Recht bestehend hinnehmen. Zwar können vielleicht — das soll hier dahingestellt bleiben — die Umstände des Falles so liegen, dafs die anderen Staaten die nach dem Recht des Angehörigkeitsstaats verlorene Staatsangehörigkeit trotzdem als fortdauernd behandeln dürfen, weil ihre Interessen dadurch berührt werden[48]; aber das kann sich doch immer nur auf das Pflichtverhältnis des ehemaligen Angehörigkeitsstaats zu der betreffenden Person beziehen, das Machtverhältnis des Staats zu der Person hingegen mufs jedenfalls mit dem Willen des Staats endigen, mag dieser Wille nun ein konkreter Willensakt im einzelnen Fall sein oder mag nur das Gesetz, das der Staat abstrakt gegeben hat, den Verlust der Staatsangehörigkeit für den einzelnen Fall wirken. Wird aber das Aufhören dieser Machtbeziehung anerkannt, so entfällt jeder Grund, auf die frühere Staatsangehörigkeit zurückzugreifen: eine ehemalige Machtbeziehung ist eben keine jetzige mehr.

2. gemäfs dem Wohnsitz.

Analoge Schwierigkeiten können sich da ergeben, wo man behufs Bestimmung des mafsgebenden Rechts auf den Wohnsitz der Person zurückgreifen mufs[49]. Nach dem Vorstehenden ist das ja im Fall fehlender und unter Umständen auch im Fall mehrfacher Staatsangehörigkeit notwendig, und eben weil dem so ist, kann eine Erörterung der hier auftretenden Fragen nicht umgangen werden. Die gleiche Erörterung ist auch innerhalb der Rechtsordnungen nötig, welche durch positive Kollisionsnormen die Personalherrschaft nicht nach der Staatsangehörigkeit, sondern nach dem

[47] was auch das deutsche EG. Art. 29 in erster Linie thut.

[48] Vgl. v. Bar, Lehrbuch S. 45 fg.

[49] S. zum folgenden Neumann S. 49—52.

Wohnsitz der Person abgrenzen; und sie würde ebenso notwendig werden, wenn etwa durch internationale Übereinkunft für diese oder jene Rechtsbeziehungen der Wohnsitz anstatt der Staatsangehörigkeit als mafsgebend gesetzt werden sollte.

Überall nun, wo die Herrschaft eines Staats über eine Person von deren Wohnsitz abhängt, ist ein doppeltes Element zu unterscheiden. Das Wohnsitzhaben ist keine Rechtsbeziehung der Person zum Staat unmittelbar, sondern erst eine vermittelte: sie ist vermittelt dadurch, dafs der Staat Gebietshoheit an dem Ort des Wohnsitzes hat. Damit also ein bestimmter Staat Herrschaft über gerade diese Person kraft Wohnsitzes habe, mufs einmal dieser Staat Gebietsherrschaft an dem als Wohnsitz behaupteten Ort haben, und sodann mufs die Wohnsitzbeziehung der Person zu diesem Ort gegeben sein. In beiderlei Richtung können sich Schwierigkeiten ergeben. Über die Unvollkommenheiten in der Abgrenzung der Gebietsherrschaft soll erst nachher gesprochen werden; an dieser Stelle wird vorausgesetzt, dafs die Gebietshoheit des Staats über den angeblichen Wohnsitzort feststehe: nur die in der Bestimmung des Wohnsitzorts selbst liegenden Schwierigkeiten werden hier schon in Betracht gezogen.

Auch für den Erwerb und Verlust des Wohnsitzes giebt es, obwohl der Wohnsitz infolge seiner staatsrechtlichen auch mannigfache völkerrechtliche Wichtigkeit hat, doch keine völkerrechtlichen Regeln; vielmehr bestimmt jeder Staat in seiner Rechtsordnung selbständig, wann ein Wohnsitz bei ihm als vorhanden anzunehmen sei, wann nicht, und demnach kehren hier die Erwägungen wieder, die oben für die Staatsangehörigkeit angestellt wurden. Vielleicht darf man auch hier davon reden, dafs völkerrechtlich gewisse, freilich sehr allgemeine, regulative Grundsätze für die einzelstaatlichen Gesetzgebungen in dieser Hinsicht vorhanden seien. Wenn wenigstens ein Staat Macht über eine Person kraft Wohnsitzes in Anspruch nähme, während die vorliegenden Thatsachen unter den allgemeinen Wohnsitzbegriff gar nicht zu subsumieren wären, so würde der Herrschaftsanspruch dieses Staats völkerrechtlich nicht begründet sein und brauchte darum von anderen, auch unbeteiligten Staaten nicht anerkannt zu werden. Abgesehen von derartigen wohl nirgends wirklichen Extremfällen halten sich alle staatlichen Rechtsordnungen, auch wo die Thatbestände für den Erwerb und Verlust des Wohnsitzes verschieden formiert sind, doch innerhalb des Völkerrechts: das Völkerrecht ist hier eben unvollkommen, weil es überhaupt keine festen Grundsätze hat. Wohnsitz in einem be-

stimmten Staat haben bedeutet demnach — ganz entsprechend dem, was von der Staatsangehörigkeit gesagt wurde — in erster Linie, dafs eine Person in diesem Staat vom Standpunkt der Rechtsordnung gerade dieses selben Staates aus Wohnsitz hat; nach dem Rechte dieses Staats ist mithin auch die Frage, ob ein Wohnsitz in diesem Staat vorhanden sei, vom Richter zu beurteilen. Ist also nur nach dem Recht eines einzigen Staates der Wohnsitz in eben diesem Staat zu bejahen, so kann wiederum kein Konflikt entstehen, wie verschieden auch die Bestimmungen über den Wohnsitz in den verschiedenen Gesetzgebungen lauten: der Richter hat den Wohnsitz in jenem Staat zu bejahen, gleichgiltig welche Grundsätze über den Wohnsitz sein eignes Recht kennt. Es gilt auch hier der Satz, dafs der Staat, der seiner Rechtsordnung gemäfs den Wohnsitz bei sich bejaht, so lange jedenfalls völkerrechtlich vorgeht, als sich kein anderer Staat mit anderem Anspruch ihm entgegenstellt.

Die Bestimmung des Wohnsitzes in der gedachten Art kann nun aber auch das Ergebnis erbringen, dafs eine Person einen mehrfachen Wohnsitz in jenem Sinne oder dafs sie gar keinen hat, d. h. dafs die Rechtsordnung mehrerer Staaten[50] den Wohnsitz im eignen Gebiet bejaht oder dafs nach der Rechtsordnung jedes Staats ein Wohnsitz in dem eignen Gebiet zu verneinen ist. Damit ergeben sich für die Fragen des internationalen Privatrechts aufs neue Lücken und Konflikte. Wie soll nun der Richter mangels auch in dieser Hinsicht ordnender Kollisionsnormen seines eigenen Staats entscheiden? Wiederum läfst sich nur eine mehr oder minder willkürliche Auskunft finden; eine wirkliche Beseitigung der Schwierigkeiten ist auch hier nur von einer völkerrechtlichen Vereinbarung zu erwarten.

a. Mehrfacher Wohnsitz.

Zwei Staaten bejahen jeder gemäfs dem eignen Recht einen Wohnsitz dieser Person im Gebiet des eignen Staats. Ein wirklicher positiver Konflikt der beiden Gesetzgebungen liegt hierin dann, wenn zugleich jeder der beiden Staaten oder einer von ihnen seinem Recht gemäfs die Ausschliefslichkeit des Wohnsitzes annimmt, also die Möglichkeit eines mehrfachen Wohnsitzes leugnet. Da jeder Staat ja die Voraussetzungen für Erwerb und Verlust des Wohnsitzes in selbständiger Weise regelt, kann dieser Fall des Kon-

[50] Der Fall mehrfachen Wohnsitzes in verschiedenen Rechtsgebieten eines und desselben Staats hat erst im „Interlokalen Privatrecht“ (Buch III) zur Sprache zu kommen.

flikts wohl vorkommen. Genau ebenso ist aber meines Erachtens auch der Fall zu behandeln, wenn beide Staaten die Möglichkeit eines mehrfachen Wohnsitzes in ihrer eignen Rechtsordnung bejahen. Denn diese Bejahung kann insoweit nicht als gemeint angenommen werden, als der Wohnsitz für die Privatrechts-Gesetzgebungsgewalt über die Person entscheidend sein soll. Eine konkurrierende Gewalt zweier Staaten zur Privatrechtsgesetzgebung ist ja unmöglich, aus früher dargelegten Gründen, also kann es auch für die Beziehungen des internationalen Privatrechts immer nur einen einzigen Wohnsitz geben. Jede Rechtsordnung mufs also in dieser Beziehung ihrer Wohnsitzbestimmung, auch wenn sie im übrigen einen mehrfachen Wohnsitz annimmt, doch Ausschliefslichkeit beilegen. Daraus rechtfertigt es sich, die Frage des mehrfachen Wohnsitzes für das internationale Privatrecht ebenso zu lösen, wie die der mehrfachen Staatsangehörigkeit. Also:

1) Liegt das entscheidende Gericht in einem der beiden beteiligten Staaten, so wird der Richter auch ohne eine besondere dies anbefehlende Kollisionsnorm seines eignen Staats den Wohnsitz gemäfs der Rechtsordnung seines Staats in dem Gebiet dieses Staats bejahen und ihn in dem des anderen Staats verneinen.

2) Anders hingegen, wenn das Gericht eines dritten unbeteiligten Staats zur Entscheidung berufen ist. Es kann ebensowenig wie bei der mehrfachen Staatsangehörigkeit die Rede davon sein, dafs dieses Gericht etwa nach seinem eignen Recht entscheiden dürfte, welcher von den beiden Wohnsitzen allein wahrer Wohnsitz sei; sein eignes Recht bleibt hier gleichgiltig, gerade so wie wenn überhaupt nur ein fremder Staat nach seiner Rechtsordnung den Wohnsitz im eignen Gebiet bejaht. Mangels einer besonderen Kollisionsnorm wird man vielmehr auch hier dem älteren Wohnsitz den Vorzug zu geben Grund haben: der alte Wohnsitz dauert nach dem an diesem Wohnsitzort geltenden Recht fort; damit ist die beherrschende Kraft dieses Rechts gegeben, und weil sie gegeben ist, findet dieses Recht auch insoweit Anwendung, als es den Erwerb eines zweiten Wohnsitzes neben dem ersten nicht anerkennt Ist kein Wohnsitz der ältere, so würde der Richter die konkreten Umstände darauf hin zu prüfen haben, welcher Wohnsitz in einem thatsächlich engeren Zusammenhang mit der Person steht; die Thatsache des längeren oder gewöhnlichen Aufenthalts in dem einen oder anderen Gebiet würde dabei von grofser aber nicht ausschliefslicher Bedeutung sein.

b. Mangelnder Wohnsitz.

Keiner der Kulturstaaten nimmt seiner Rechtsordnung gemäfs einen Wohnsitz der Person im eignen Gebiet an. Einflufslos bleibt dabei, ob nach der Rechtsordnung irgend eines und insbesondere des urteilenden Staats ein Wohnsitz in einem anderen Staat begründet wäre oder nicht. In einem solchen Falle den etwaigen zuletzt vorhanden gewesenen Wohnsitz entscheiden zu lassen, wie das namentlich in Deutschland häufig geschieht, ist, man darf den Ausdruck hier wieder gebrauchen, eine Verlegenheitsentscheidung, die unbegründbar ist. Das deutsche Reichsgericht hat neulich für die Beerbung einer Person, welche schon etwa dreifsig Jahre vor ihrem Tode ihren Wohnsitz in St. Louis, Missouri, aufgegeben und seitdem, ohne einen neuen Wohnsitz zu erwerben, in verschiedenen Städten Deutschlands gelebt hatte, doch das in St. Louis geltende Recht als das Recht des letzten Wohnsitzes für anwendbar erklärt[51]! Die Anwendung des Gesetzes des Aufenthaltsortes oder des Ortes, wo die zu beerbende Person gestorben ist, sei, so meint das Reichsgericht, gänzlich ausgeschlossen, sonst würde, da der Aufenthaltsort etwas Zufälliges sei, die Bestimmung des anzuwendenden Rechts lediglich vom Zufalle abhängen. Diese letztere Bemerkung mag ihre Richtigkeit haben, sie beweist aber nicht, was sie soll. Der Aufenthaltsort mag in gewissem Sinne zufällig sein: aber die Partei hat ihn doch wenigstens durch ihren Willen bestimmt, insofern steht er immerhin in einem gewissen Zusammenhang mit ihr; mit dem letzten aufgegebenen Wohnsitze als solchem aber hat sie jedenfalls keinen Zusammenhang: sie hat ja durch Aufgabe des Wohnsitzes ausdrücklich und absichtlich diesen Zusammenhang gelöst. Ein aufgegebner Wohnsitz ist eben überhaupt kein Wohnsitz mehr. Und darum ist zu sagen: der Fall, dafs ehedem ein Wohnsitz vorhanden gewesen und aufgegeben ist, darf nicht anders entschieden werden als der, dafs ein Wohnsitz niemals bestanden hat. In beiden Fällen tritt mangels eines Wohnsitzes im entscheidenden Augenblick der letzte thatsächliche Unterwerfungsgrund unter staatliche Herrschaft, nämlich der wirkliche Aufenthalt

[51] Entsch. 31 S. 189 ff, besonders S. 196, 197. Das Recht des Staats, dem der Verstorbene staatsangehörig war, blieb in dem zu Grunde liegenden Fall freilich nicht deshalb unbeachtet, weil der Verstorbene überhaupt keinem Staat angehört hätte, sondern deshalb, weil nach der Meinung des Reichsgerichts (S. 192) für die Erbfolge principiell das Recht des Wohnsitzes und nicht das des Heimatstaats entscheidend sei. Vgl. auch Entsch. 36 S. 209.

in Kraft. Vielleicht läfst es sich verteidigen, dem momentanen Aufenthalt den gewöhnlichen oder dauernden Aufenthalt als eine Art abgeschwächten Wohnsitzes zu substituieren: im Zweifel wird man auf das Recht des Orts zurückgreifen müssen, wo sich die Person in dem Augenblick, für den die Anwendbarkeit des Rechts in Frage steht, wirklich aufgehalten hat[52].

II. Unvollkommenheiten in der Abgrenzung der Gebietsherrschaft.

1. Fragen.

Die Entscheidung, dafs an einem bestimmten Ort bestimmtes Recht gelte, ist nach Kap. I wichtig, weil dieses Recht Sachstatut, Deliktsstatut und mafsgebendes Statut für die Immaterialgüterrechte (Gebietsstatut im engeren Sinne) ist, ferner weil in gewissen Fällen nach dem vorigen Abschnitt nicht das Heimatrecht sondern das Wohnsitzrecht stellvertretendes Personalstatut ist und das Wohnsitzrecht das am Wohnsitz*ort* geltende Recht ist. Gewöhnlich wird die Frage, welches Recht Gebietsstatut sei, dahin gestellt: welches Recht gilt an diesem Ort, in diesem Gebiet? Diese Fragestellung hat, wie schon früher S. 122 gesagt wurde, ihren Wert, wenn innerhalb desselben Staats verschiedene Rechtsgebiete bestehen; sobald wir davon absehen und Staatsgebiet und Rechtsgebiet — was ja hier immer geschieht — als einheitlich denken, ist die Frage: welches Recht gilt an diesem Ort? ganz gleich der Frage: welches Staates Rechtsordnung gilt an diesem Ort? kürzer: welcher Staat herrscht über dieses Gebiet?

Denn in allen Fällen, mag es sich nun um ein einheitliches Rechtsgebiet handeln oder nicht, hängt die Frage, welches Recht an einem Ort gilt, im letzten Grunde davon ab, welcher Staat die Herrschaft an diesem Ort hat. Das ist sofort klar, wenn man die Frage so stellt: ist dieser Ort überhaupt unter der Herrschaft eines Staats oder ist er herrschaftsfrei? Kann ja doch an einem Ort, an dem überhaupt kein Staat herrscht, auch territorial kein Recht gelten. Aber auch ob ein Gebiet dem einen oder anderen Staat zugehört, ist für die Frage, welches Recht dort gilt, vorentscheidend. Hat ein Staat einen gewissen Rechtssatz für sein ganzes Rechtsgebiet geschaffen, so hängt natürlich seine Geltung an diesem bestimmten Ort davon ab, ob dieser Ort zu dem Gebiet des Staates

[52] So auch deutsches EG. Art. 29 und 8.

gehört oder nicht. Und hat er einen bestimmten Rechtssatz gerade nur für diesen Gebietsteil geschaffen, so hängt wiederum die Geltung in diesem Gebietsteil davon ab, ob der Staat wirklich über diesen Gebietsteil herrscht. Nur dann läfst sich die Frage, welches Recht an diesem Ort gilt, ohne Rücksicht auf die völkerrechtliche Vorfrage, welcher Staat dort herrscht, lösen, wenn etwa die beiden Staaten, deren Gebietshoheit in Frage steht, zufällig dasselbe Recht haben, oder wenn das an diesem Ort geltende Recht aus einer früheren Zeit und von einem Staat, der damals unzweifelhaft Gebietshoheit über dieses Gebiet gehabt hat, herstammt, und ebenso zweifellos dieses Recht von keinem der beiden Staaten, die möglicherweise jetzt Gebietshoheit an diesem Ort haben, geändert sein würde. Von solchen Ausnahmefällen abgesehen ist demnach zu sagen: überall, wo das Gebietsstatut anwendbar sein soll, ist für die Lösung der internationalrechtlichen Frage vorausgesetzt, dafs an diesem bestimmten Ort die Rechtsordnung eines bestimmten Staats und nur eine gilt. Die völkerrechtliche Grundlage wäre also mit Rücksicht auf das internationale Privatrecht vollkommen, wenn die Staaten das Gebiet der Erde streitlos und restlos untereinander verteilt hätten, so dafs mithin jedes Gebiet unter der Rechtsordnung eines aber auch nur eines Kulturstaats stünde. Das ist aber nicht der Fall: auch in der Abgrenzung der Gebietsherrschaften finden sich Unvollkommenheiten, die dann notwendig auch auf das internationale Privatrecht zurückwirken. Diese Unvollkommenheiten sind freilich denen, die wir bei der Abgrenzung der Personenherrschaften kennen lernten, nicht völlig gleich. Schon die Aufgabe, welche das Völkerrecht zu erfüllen hat, ist ja hier eine andere als dort: es hat hier nicht nur das Herrschaftsgebiet des einen Staats gegen das des anderen abzugrenzen, sondern auch festzusetzen, dafs diese und jene Raumgebiete überhaupt nicht unter staatlicher Herrschaft stehen können, völkerrechtlich also extra commercium sind.

Diese ganze Abgrenzung beruht nun — entsprechend dem, was bei der Staatsangehörigkeit gesagt wurde — auf einem doppelten Grunde. Vor allem mufs auch hier eine gewisse Gebietsverteilung zwischen den Staaten als historisch gegeben vorausgesetzt werden. Jeder Staat hat unter völkerrechtlicher Anerkennung der übrigen ein gewisses Gebiet als das seine: er hat es, weil er in diesem Gebiet seit langer Zeit eine thatsächliche Machtstellung inne hat. Auf diese historische Thatsache stützt er seine Behauptung der Gebietsherrschaft, nicht auf abstrakte völkerrechtliche Sätze, in Gemäfsheit deren er das Gebiet erworben habe. Es giebt aber zweitens auch

abstrakte Rechtssätze, von denen die Abgrenzung der Gebietsherrschaft der einzelnen Staaten abhängt. Fortgesetzt können sich Veränderungen des Staatsgebiets abstrakten völkerrechtlichen Sätzen gemäfs vollziehen, d. h. diese Veränderungen werden völkerrechtlich als giltig anerkannt, wenn und weil sie jenen völkerrechtlichen Sätzen entsprechen. Einmal kann die Gebietsherrschaft gemäfs völkerrechtlichen Sätzen aufgehoben werden (insbesondere durch Dereliktion) oder auf einen anderen Staat übergehen (insbesondere durch Staatsvertrag). Sodann giebt es genug Gebiete, die unverteilt sind, so dafs sie neu erworben werden können (durch Occupation); endlich kann auch neues, der Einzelgebietsherrschaft unterwerfbares Gebiet entstehen (insula in mari nata). Sollen nun Unvollkommenheiten in der Abgrenzung der Gebietsherrschaft untersucht werden, so ist sowohl jene ursprüngliche Gebietsverteilung wie diese nach abstrakten Rechtssätzen zu beurteilende Veränderung der Gebietsverteilung in Betracht zu ziehen.

2. Widersprüche.

Zunächst ist zu fragen, ob in dieser völkerrechtlichen Abgrenzung Widersprüche in der Art vorkommen, dafs eine doppelte Gebietsherrschaft vorhanden ist, so wie es eine doppelte Staatsangehörigkeit von Personen giebt, dergestalt also, dafs zwei Rechtsordnungen zu gleicher Zeit in diesem Gebiet gelten wollen. Hätte dies statt, so würde freilich wiederum ein für das internationale Privatrecht unerträglicher Konflikt geschaffen sein. Indes derartige Widersprüche kommen nicht vor. Vor allen Dingen in dem objektiv gegebenen Abgrenzungsbestande der Gebietsherrschaften nicht. Alle Fälle völkerrechtlicher Mehrherrschaft der Staaten in einem Gebiet, die wirklich vorkommen[53], sind jetzt wohl sämtlich so geordnet, dafs doch nur *eine* Rechtsordnung in diesem Gebiet herrscht; internationalprivatrechtliche Konflikte sind hier also ausgeschlossen. Aber auch die abstrakten Sätze über Erwerb und Verlust der Gebietsherrschaft können zu keinerlei Konflikten führen, wie sie in Bezug auf die Staatsangehörigkeit sich wirklich finden. Denn während Erwerb und Verlust der Staatsangehörigkeit von jedem Staat nach eignen Gesetzen geregelt wird, für welche das Völkerrecht höchstens allgemeine Grundlagen in regulativer Weise geben kann, sind die Sätze über Erwerb und Verlust der

[53] Vgl. G. Meyer, Staatsrecht § 74 N. 6.

Gebietsherrschaft unmittelbar völkerrechtlieh, also für alle Staaten notwendig einheitlich; ein wahrer Konflikt ist deshalb hier undenkbar. Man mufs nur ganz genau die Schranken der Frage beachten: der blofs thatsächliche Streit über die Gebietsherrschaft geht uns, wie Eingangs gesagt war, hier nichts an. Allerdings kann ein Streit darüber, ob dieses Gebietsstück von diesem Staat erworben oder noch herrschaftsfrei sei, oder welchem von mehreren Staaten die Herrschaft in diesem Gebiet zustehe, in der Weise vorkommen, dafs sich jeder Staat bei seinen Behauptungen oder Ansprüchen auf unbezweifelte völkerrechtliche Sätze stützt und nur darüber Zweifel besteht, ob die konkreten Voraussetzungen für die Anwendbarkeit dieser Sätze im vorliegenden Fall für diesen Staat gegeben sind oder nicht. Solche Konflikte, die nicht Konflikte der Rechtssätze sind, sondern rein thatsächliche Natur haben, sind nicht selten; sie wirken natürlich auch auf die internationalprivatrechtlichen Entscheidungen zurück, aber mit dem hier behandelten Problem haben sie nichts zu thun.

Nur in einem Falle ist allerdings eine der mehrfachen Staatsangehörigkeit analoge mehrfache Gebietsherrschaft und darum ein Rechtskonflikt möglich. Nach einem später noch zu erwähnenden, in gewissen Folgebeziehungen wenigstens allgemein anerkannten Rechtssatz gelten Schiffe als Teil des Gebiets, dessen Flagge sie führen. Jeder Staat setzt nun — wiederum in gewissen völkerrechtlichen Schranken — selbständig die Thatbestände für den Erwerb und Verlust der Schiffsnationalität bei sich fest. Da aber die Gesetze des einen Staats in dieser Hinsicht mit denen des anderen nicht übereinzustimmen brauchen, so kann sich ergeben, dafs ein Schiff doppelte Nationalität hat. Meines Erachtens ist in einem solchen Zweifelfall gerade so wie bei der doppelten Staatsangehörigkeit zu entscheiden: die ältere Nationalität geht vor; sollte das Alter das gleiche sein, so würde nach den konkreten Umständen entschieden werden müssen, welche Nationalität als die stärkere zu gelten hat.

3. Lücken.

Widersprüche in der Abgrenzung der Gebietsherrschaft fehlen hiernach so gut wie ganz. Dafür weist diese Abgrenzung in ihrer gegenwärtigen völkerrechtsmäfsigen Gestalt die erheblichsten Lücken auf: nicht jeder Raum der Erde ist unter die Staaten verteilt, es giebt noch Land genug, in dem keine staatliche Rechtsordnung gilt. Wenn dies hier eine Lücke genannt wird, so ist das nicht

vom Standpunkt des Völkerrechts aus gemeint; das Völkerrecht bezweckt gar nicht die restlose Verteilung alles Gebiets unter die einzelnen Staaten, ja es setzt sogar im Gegenteil besonders fest, dafs gewisse Raumgebiete gar nicht unter staatlicher Herrschaft stehen können. Eine Lücke aber liegt, zwar nicht allein jedoch hauptsächlich, vom Standpunkt des internationalen Privatrechts aus vor: die glatte Durchführung seiner Principien setzt eine Gebietsherrschaft voraus, und diese fehlt eben.

Die Herrschaftslosigkeit eines Gebiets ist bald eine rechtlich notwendige, bald eine nur thatsächliche. Sie kann rechtlich notwendig sein: es giebt Raumgebiete, die extra commercium sind, d. h. kraft Völkerrechts die Eigenschaft haben, nicht in der Herrschaft eines einzelnen Staats stehen zu können. Dahin gehört vor allem das Gebiet der hohen See. Es giebt ferner noch immer Gebiete, die thatsächlich von keinem Staat erworben sind, wennschon sie völkerrechtlich erworben werden könnten: thatsächlich staatloses Gebiet, sei es dauernd, sei es, wie z. B. künftig Spitzbergen, periodisch staatloses. Die internationalprivatrechtliche Schwierigkeit dieser Herrschaftsfreiheit liegt auf der Hand, da die Entscheidung einer privatrechtlichen Frage doch so und so oft davon abhängt, welches Recht an einem bestimmten Ort gilt. Wie soll sich mangels völkerrechtlicher Vereinbarung und positiver Kollisionsnorm der Richter hier helfen? Geht das Eigentum an einer in herrenlosem Gebiet befindlichen Sache durch blofsen Vertrag über oder bedarf es der Tradition? ist Pfandrecht an einer solchen Sache ohne Besitzübergang möglich oder nicht? Und wie steht es mit der Ersitzung einer solchen Sache? Können Immaterialgüterrechte durch Handlungen auf herrenlosem Gebiet verletzt werden? Und wie steht es bei Delikten, wo doch das Gesetz des Orts der Handlung entscheiden soll? Man braucht nur an die immer zahlreicheren Reisen in staatloses Gebiet zu denken, um zu sehen, wie praktisch die Frage ist.

Was die hohe See betrifft, so ist die Lücke freilich zum guten Teil durch den Satz ausgefüllt, dafs Schiffe als schwimmende Stücke des Heimatlandes gelten, und aus natürlichen Gründen wird zumeist ein Schiff Ort der Handlung oder der belegenen Sache sein. Indes auch hier bleiben Lücken. Es ist denkbar, dafs ein Schiff keine Nationalität hat — wie dann? Man denke ferner an den Fall, dafs Personen auf hoher See in Kähnen oder Flöfsen sich befinden oder schwimmen oder auf Balken oder auf Eisschollen treiben oder in einem Luftballon über der hohen See schweben. Man denke ferner

daran, dafs es sich um den Eigentumserwerb an Sachen handeln kann, die sich im Meer befinden: an seetriftigen oder versunkenen Gütern, an Meereserzeugnissen jeder Art, an Tieren im Meer oder dem darüber befindlichen Luftraum.

Die internationalprivatrechtliche Behandlung dieser Fälle kann meines Erachtens allerdings keinem Zweifel unterliegen. Die Herrschaft des Staats beruht auf Personalhoheit und Gebietshoheit: wenn eine Personalhoheit nicht existiert, tritt die Gebietshoheit unbeschränkt ein; ebenso tritt, wenn eine Gebietshoheit nicht existiert, wieder die Personalhoheit ungehemmt durch etwaige Gebietshoheit ein, mit der Schranke freilich, dafs sie ihrem Sinn nach auch soweit eintreten will. Vor allem mufs bei Delikten stellvertretend statt des Rechts des Deliktsorts das Recht der Heimat des Handelnden eintreten; denn es ist anzunehmen, dafs das Heimatrecht seine Deliktsverbote an sich umfassender Anwendbarkeit wert hält und diese Anwendbarkeit lediglich deshalb einschränkt, weil es einer fremden Staatsgewalt, der des Aufenthaltsorts, den Vorzug einräumt: existiert diese indes nicht, so treten jene Verbote der Heimatsgewalt wieder in volle Wirksamkeit. Nur da erleidet dies eine Ausnahme, wo ein Verbot sichtlich nur gegen Handlungen im Inland gegeben ist und nur hier Sinn hat: dann trifft es Handlungen in herrschaftsfreiem Gebiet allerdings nicht. Ein Deutscher kann also in einem herrenlosen Gebiet deutsche Immaterialgüter nur soweit verletzen, wie sie auch gegen im Auslande von Deutschen begangene Handlungen geschützt sind (s. oben S. 137); denn Immaterialgüterrechte existieren ja für das herrenlose Gebiet nicht. Aber auch für alle dinglichen Rechtswirkungen ist ein Ersatz des Sachstatuts durch das Personalstatut möglich, und zwar in der Weise: an eigentumslosen Sachen vollzieht sich der Erwerb nach dem Recht dessen, der sie erwerben will; bei Sachen aber, die bereits im Eigentum stehen, wirkt das Personalstatut des bisherigen Eigentümers als Sachstatut, und zwar so lange, bis dieses Eigentum nach den Grundsätzen des genannten Personalstatuts erloschen oder auf einen Anderen übergegangen ist. In diesem letzteren Fall ist nunmehr das Personalstatut des neuen Eigentümers als Sachstatut zu betrachten.

4. Unfertigkeiten.

Es giebt aber noch eine dritte Gruppe von Fällen, in denen eine Unvollkommenheit der völkerrechtlichen Grundlage unheilvoll auf das internationale Privatrecht zurückwirkt. Das Völkerrecht

soll die Sätze enthalten, denenzufolge es möglich ist, herrschaftsfreies von beherrschtem Gebiet abzutrennen, und den Erwerb und Verlust der Gebietsherrschaft zu beurteilen. Nun kommt es nicht selten vor, dafs der völkerrechtliche Satz selbst erst in der Bildung begriffen und darum zweifelhaft und streitig ist. Und hier gerade liegt die Quelle von Konflikten auch für das internationale Privatrecht.

Derartige völkerrechtliche Zweifel bestehen vor allem in Bezug darauf, welche Gebiete extra commercium sind, welche nicht. Insbesondere beziehen sie sich auf die Frage, wie weit Seehäfen, Meeresbuchten, Küstengewässer der Herrschaft des Küstenstaats unterworfen sind, das 'wie weit' sowohl räumlich wie inhaltlich genommen; sie beziehen sich zweitens auf die Frage, wie weit Schiffe auf hoher See und Kriegsschiffe überhaupt als schwimmende Teile des Gebiets, dessen Flagge sie berechtigt führen, anzusehen sind; sie würden endlich vielleicht ebenso bezüglich der Frage entstehen können, ob auch die Luftsäule über dem Teil der Erdoberfläche, den der Staat beherrscht, seiner Herrschaft rechtlich untersteht. Dafs diese Frage eine sehr geringe praktische Bedeutung wenigstens zur Zeit hat, ist klar, ebenso klar aber auch, dafs sie eine solche Bedeutung gerade auch für das internationale Privatrecht wirklich haben kann. Wenn über einen auf der Fahrt begriffenen Luftballon oder über eine in einem solchen Luftballon befindliche Sache ein Geschäft abgeschlossen wird, sei es von den mitfahrenden Personen, sei es von Personen, die sich auf dem Lande befinden: welche Rechtsordnung hat dann als lex rei sitae zu gelten? Und wenn eine Person in einem auf der Fahrt begriffenen Luftballon eine rechtsverletzende Handlung begeht, z. B. gegen einen Mitreisenden oder durch Herabwerfen von Gegenständen auf die Erde: welche Rechtsordnung hat dann als lex loci actus zu gelten? Dafs die gleiche Frage auch prozessualisch und strafrechtlich wichtig sein kann, ergiebt sich von selbst.

Alle diese Fragen zeigen nun sofort ihre rein völkerrechtliche Natur; ihre Lösung hat das internationale Privatrecht vom Völkerrecht zu fordern und nicht selbst vorzunehmen. Nur bezüglich der zuletzt aufgeworfenen Fragen soll hier bemerkt werden, dafs die staatliche Herrschaft so gut die Luftsäule über dem Gebiet wie die Erdtiefe unter dem Gebiet umfafst und ihre Grenzen allein an der thatsächlichen Unmöglichkeit, in diesen Raum zu gelangen, findet; es ist kein Grund ersichtlich, für den Luftraum über einer bestimmten Höhe, etwa über 1500 Meter, Herrenlosigkeit des Raums anzunehmen. Ob eine spätere Völkerrechtsbildung auch für Luft-

ballons das Recht einer bestimmten Nationalflagge feststellen und den Luftraum über eine bestimmte Höhe hinaus gleich der hohen See behandeln wird, ist eine Zukunftsfrage.

Wenn nun von der Entscheidung über den Inhalt eines noch unfertigen völkerrechtlichen Satzes die Entscheidung über das mafsgebende Statut und damit folgeweise über den materiellrechtlichen Streit selbst abhängt: wie ist dann zu verfahren? Meines Erachtens giebt es hier keine andere Antwort als die, dafs der Richter selbst das Recht zu kennen hat. Wie bei bestrittenem, so hat auch bei derartigem unfertigem Recht der Richter selbst Partei für die eine oder andere Rechtsansicht zu ergreifen. Denn eine Entscheidung mufs er unter allen Umständen geben. In welcher Weise er sich seine völkerrechtliche Auffassung bilden will, steht ihm frei; an die völkerrechtliche Auffassung seines eignen Staats ist er nur gebunden, falls diese in einem innerhalb seines Staats geltenden Rechtssatz Ausdruck gefunden hat. Jedes Urteil, in dem der Richter seiner völkerrechtlichen Ansicht Folge giebt, arbeitet natürlich in der einen oder anderen Richtung an der Schaffung eines festeren Rechtszustandes mit. Dafs hiermit der Richter in diesen glücklicherweise seltenen Fällen vor eine schwere Aufgabe gestellt wird, ist klar: man mufs hoffen, dafs die fortschreitende Ausbildung des Völkerrechts derartigen Zwangslagen mehr und mehr ein Ende machen wird.

Ebenso sind aber auch die Rechtssätze über die Erfordernisse völkerrechtlichen Erwerbs von Gebiet, das herrschaftsfrei ist oder doch nicht in der Herrschaft einer Kulturnation steht, keineswegs alle bis zu voller Sicherheit durchgebildet, wie namentlich auch die Kolonialgeschichte der letzten Jahrzehnte gezeigt hat. Und auch sonst noch begegnen Zweifel über den Inhalt völkerrechtlicher Sätze genug, was sich aus der eigentümlichen Natur und Erzeugung des Völkerrechts leicht erklärt. Nur auf einen Punkt sei hier besonders hingewiesen. Hält man den Satz, dafs Schiffe auf hoher See als Gebietsteile des Staats, dessen Flagge sie führen, zu betrachten sind, in seinem genauen Wortsinne für völkerrechtlich vollständig begründet, so ergiebt seine Durchführung im internationalen Privatrecht folgendes:

1) Der Raum des Schiffes selbst gilt als Gebiet des Flaggenstaats.

a. Das ist wichtig für alle auf dem Schiff geschehenden Handlungen: die Immaterialgüterrechte des Flaggenstaats gelten auch auf dem Schiff, für die Form der Rechtsgeschäfte kommt als Recht

des Errichtungsorts das Recht des Flaggenstaats in Betracht, und dieses Recht ist ebenso Deliktsstatut für alle auf dem Schiff geschehenden Handlungen. Daraus ergiebt sich insbesondere auch das Recht, das bei Beschädigung von Schiffen auf hoher See zu gelten hat, soweit es sich um eine Personenhaftung handelt. Ob und wie weit eine Person wegen eigner Schuld bei dem Zusammenstofs in Anspruch genommen werden kann, entscheidet sich nicht nach ihrem Heimatrecht, sondern, da sie das Delikt auf dem Schiff begangen hat, nach dem Flaggenrecht des beschädigenden Schiffes. Darauf, ob auch das Heimatrecht des Beschädigten in gleichem Falle einen Schadensersatzanspruch zubilligt oder nicht, kann es hier so wenig wie in allen sonstigen Fällen ankommen, wo ein Delikt im Gebiet eines Staats begangen ist und einen schädigenden Erfolg im Gebiet eines andern Staats wirkt[54]. Dafs es bei Quasideliktsobligationen (insbesondere Haftung dritter Personen für den Beschädiger) und bei Quasikontraktsobligationen (z. B. der Obligation auf Bergungslohn) auf das Heimatrecht der als verpflichtet in Anspruch genommenen Person ankommt, entspricht der allgemeinen Regel.

b. Für alle auf dem Schiff befindlichen Sachen ist das Recht des Flaggenstaats Sachstatut.

2) Das Schiff selbst als eigner Gegenstand dinglicher Rechtsverhältnisse steht ebenfalls unter dem Recht des Flaggenstaats als seinem Sachstatut.

3) Sobald das Schiff (von Kriegsschiffen abgesehen) in das Herrschaftsgebiet eines anderen Staats einläuft, gilt von nun an in allen Beziehungen das Recht dieses Staats als Gebietsstatut, Deliktsstatut, Sachstatut. Alle jetzt auf dem Schiff geschehenden Handlungen sind so zu beurteilen, als geschähen sie auf dem Landgebiet des fremden Staats, alle Geschäfte über auf dem Schiff befindliche Sachen so, als wären diese Sachen auf dem Lande; in welcher Weise dieser Wechsel auf die schon begründeten dinglichen Verhältnisse einwirkt, ist geradeso zu beurteilen, wie wenn eine einzelne Sache von einem Rechtsgebiet in ein anderes gebracht wird. Ebenso steht es aber auch in Konsequenz der allgemeinen Grundsätze mit dem Schiff selbst als dem Gegenstand dinglicher Rechte: sobald das Schiff die hohe See verlassen hat,

[54] Das Reichsgericht erkennt zwar den Obersatz an, dafs Schiffe auf offener See als Gebietsteile des Flaggenstaats gelten, läfst aber einfach die lex fori entscheiden; s. Entsch. 19 S. 10 unten—11 oben.

ist es selbst nicht mehr Teil eines fremden Gebiets sondern eine Sache wie jede andere. Deshalb hängen seine weiteren dinglichen Schicksale von dem Recht ab, das dort gilt, wo sich das Schiff jetzt befindet; auch bezüglich der Fortdauer der bestehenden dinglichen Rechte ist dieses neue Statut entscheidend. Die Meinung, dafs das Schiff als solches in seinen dinglichen Schicksalen immer nach dem Recht des Flaggenstaats beurteilt werden müsse, ist de iure nicht begründet, wennschon eine dahin gehende völkerrechtliche Vereinbarung nach manchen Seiten hin zweckmäfsig wäre.

Zweites Buch.

Innerstaatliches internationales Privatrecht.

Erstes Kapitel.

Innerstaatliche Anwendungsnormen überhaupt.

Das gegenwärtige Buch handelt von dem innerstaatlich geltenden internationalen Privatrecht, demjenigen also, das nicht blofs eine völkerrechtliche Anforderung an den einzelnen Staat sein sondern dem Richter und ebenso den sonstigen mit der Entscheidung eines Rechtsfalls innerhalb des Staats staatlich betrauten Personen (oben S. 18) unmittelbar befehlen will, welche der in den verschiedenen Staaten geltenden Rechtsordnungen bei der Entscheidung anzuwenden sei — Staatsgebiet und Rechtsgebiet werden auch hier noch als zusammenfallend gedacht, das 'interlokale Privatrecht' bleibt immer noch bei Seite. Es giebt so viele innerstaatliche International-Privatrechte, wie es Staaten giebt: nicht die Darstellung des Inhalts dieser einzelnen Rechte ist hier die Aufgabe, vielmehr soll erörtert werden, was für sie alle gemeinsam von Interesse ist: Begriff, Bestandteile, Rechtscharakter des innerstaatlichen International-Privatrechts als solchen sind festzustellen. Dabei sollen die Gesichtspunkte gewonnen werden, die für die spätere Bearbeitung jedes einzelnen International-Privatrechts wichtig, ja mafsgebend sind. Die Betrachtung der wirklichen Anwendungsnormen weist ferner auf, dafs gewisse Inhaltseigentümlichkeiten in allen möglichen positiven Rechtsordnungen wiederkehren; ihre Darstellung von einem die einzelnen Rechtsordnungen überragenden Standpunkte wird deshalb ebenfalls von Wert sein.

I. Kollisionsnormen und subsidiäre Anwendungsnormen.

Schon früher wurde der Begriff und die Kraft des innerstaatlich geltenden International-Privatrechts im Gegensatz gegen das völkerrechtlich geltende erörtert (S. 74 ff.). Es zeigte sich dort bereits, dafs das letztere zugleich auch innerstaatlich die Kraft eines subsidiär geltenden Rechts hat; denn jede innerstaatliche Rechtsordnung, so sagten wir, enthält den — freilich nicht ausdrücklich erklärten — internationalprivatrechtlichen Rechtssatz, dafs der Richter, wenn ein anderer Wille der Rechtsordnung nicht erkennbar ist, das gemäfs den völkerrechtlichen Grundsätzen mafsgebende Recht anzuwenden hat. Mit dieser allgemeinen Anwendungsnorm sind zugleich auch die einzelnen völkerrechtlichen Folgerungen mittelbar innerstaatliches Recht. Jene allgemeine Anwendungsnorm mit diesen einzelnen Folgerungen gilt aber nur subsidiär, d. h. sie tritt nur in Kraft, soweit besondere andere Anwendungsnormen in dem positiven Recht dieses einzelnen Staats fehlen. Alle diese anderen innerhalb eines Staats primär geltenden Anwendungsnormen nannten wir Kollisionsnormen; auch der Ausdruck 'positive Anwendungsnormen' wird in gleicher Bedeutung verwendet, wobei das Wort 'positiv' dann in einem eigentümlichen engeren Sinn genommen ist.

Die Rechtsquellen, denen die Kollisionsnormen entstammen können, sind dieselben wie bei allem innerstaatlichen Recht. Vornehmste Quelle ist die Gesetzgebung — wie reich sie fliefst, zeigen die neuerlichen Zusammenstellungen von Meili, Niemeyer und Neumann. Der Gesetzgebungsakt kann dadurch motiviert sein, dafs der Staat in einem völkerrechtlichen Vertrag sich zur Schaffung eines solchen Rechtssatzes verpflichtet hat (s. oben S. 161 ff.), das Gesetz selbst bleibt darum doch immer eine rein innerstaatliche Anwendungsnorm. Auch dem Gewohnheitsrecht können sie entspringen. Ein solches Gewohnheitsrecht kann immer nur innerstaatlich sein; von einem Weltgewohnheitsrecht zu reden ist unberechtigt. Wohl können sich in mehreren Staaten miteinander inhaltlich ganz übereinstimmende Gewohnheitsrechte bilden, damit ist aber noch nicht die Selbständigkeit dieser einzelnen Gewohnheitsrechte gegeneinander aufgehoben. Ein einheitliches Gewohnheitsrecht setzt ein in irgend einer Beziehung einheitliches Rechtsgebiet voraus. Freilich giebt es überstaatliches Gewohnheitsrecht: die Gewohnheit kann Völkerrecht produzieren; für das Völkerrecht bilden alle Staaten aber auch ein gemeinsames Rechtsgebiet. Die innerstaatlichen

Kollisionsnormen hingegen sind nicht Völkerrecht, wie öfter gesagt, sie setzen nicht Rechte und Pflichten der Staaten im Verhältnis zu einander sondern sind Recht innerhalb eines einzelnen Staats. Der Unterschied, ob man mehrere übereinstimmende Gewohnheitsrechte der einzelnen Rechtsgebiete oder ein gemeinsames Gewohnheitsrecht annimmt, ist von praktischer Bedeutung: wenn eine Kollisionsnorm gewohnheitlich auch in noch so vielen Rechtsgebieten geübt wäre, so würde damit doch ihre Geltung für ein Rechtsgebiet, in dem sie bisher noch nicht geübt ist, niemals nachgewiesen sein; anders könnte entschieden werden müssen, wenn es sich um ein Weltgewohnheitsrecht handelte. Übrigens mufs bei der Annahme gewohnheitlicher Entstehung von Kollisionsnormen mit Vorsicht zu Werke gegangen werden. Namentlich darf man nicht aus jeder Gerichtspraxis von einiger Konsistenz bereits auf ein Gewohnheitsrecht schliefsen, um so weniger, als die Gerichtspraxis häufig nur der Ausdruck einer theoretischen Strömung ist, mit dieser entstanden, mit ihr wieder vergehend. — Selbstverständlich kann auch die Analogie Quelle einer Kollisionsnorm sein. Endlich ist noch darauf hinzuweisen, dafs auch aus dem Geist einer speciellen Rechtsordnung eine bestimmte Kollisionsnorm als notwendige Ergänzung gerade für diese Rechtsordnung erschlossen werden kann: eine solche Kollisionsnorm würde natürlich ebenso wie die ausdrücklichen Kollisionsnormen vor den aus der völkerrechtlichen Grundlage gefolgerten Sätzen zur Geltung kommen. In Kapitel IV werden von solchen Normen Beispiele begegnen.

Hiernach haben wir innerhalb der einzelnen Rechtsordnung zwei Gruppen von Anwendungsnormen. Einmal die primär geltenden Kollisionsnormen: sie sind nach Inhalt und Umfang für jede Rechtsordnung gesondert zu ermitteln; wenn die Kollisionsnormen der einen Rechtsordnung mit denen der anderen übereinstimmen, so ist das — im richtigen Sinne verstanden — nur ein Zufall; sie können in der einzelnen Rechtsordnung auch ganz fehlen. Sodann die subsidiäre Anwendungsnorm, derzufolge das nach Völkerrechtsgrundsätzen mafsgebende Recht anzuwenden ist, mit ihren Folgerungen: diese subsidiäre Norm betrachten wir als Bestandteil jeder einzelnen Rechtsordnung, sie ist deshalb auch in allen einzelnen Rechtsordnungen genau dieselbe. Die Unterscheidung beider Gruppen von Anwendungsnormen ist notwendig wegen der Verschiedenheit ihrer praktischen Bedeutung: die Kollisionsnorm hat nur für den Richter des eignen Staats Kraft, die subsidiäre Anwendungsnorm ist, eben weil sie in jedem Staat gleichmäfsig auf

das Völkerrecht verweist, für den Richter jedes Staats von gleicher Bedeutung. Das unterscheidende Merkmal beider Arten von Anwendungsnormen liegt nun nicht in ihrer Entstehung oder ihrem Geltungsgrunde, hierin sind beide vielmehr gleich: beide verdanken ihre Kraft als innerstaatliches Recht wie alles sonstige innerstaatliche Recht ausschliefslich einer gerade für diese specielle Rechtsordnung zutreffenden Thatsache. Das ist für die Kollisionsnormen klar; es ist ebenso sicher für jene subsidiäre Anwendungsnorm, die gemäfs dem Völkerrecht zu entscheiden befiehlt. Die einzelnen völkerrechtlichen Folgerungen sind ja wie gesagt streng genommen nicht unmittelbar subsidiäres innerstaatliches Recht; vielmehr ist innerstaatliches Recht nur der Satz, dafs gemäfs dem Völkerrecht zu entscheiden sei, und dieser Satz gewinnt seine Kraft als innerstaatliches Recht blofs durch den Willen der innerstaatlichen Rechtsordnung und durch nichts anderes. Dafs dieser Wille nicht ausgedrückt ist sondern erst durch Schlufsfolgerungen erkannt wird, macht nichts aus: er teilt diese Eigenschaft mit vielem anderen unzweifelhaft innerstaatlichen Recht. Darum wäre an dem Unterschied nichts geändert, wenn sich etwa die Gesetzgebung des einzelnen Staats entschlösse, einen ausdrücklichen Rechtssatz des Inhalts zu schaffen, dafs der Richter die Fragen des internationalen Privatrechts gemäfs dem Völkerrecht zu entscheiden habe — ein solcher Rechtssatz würde übrigens empfehlenswert sein, weil er jeden Zweifel an der innerstaatlichen Kraft jener völkerrechtlichen Folgerungen beseitigte. Auch ihrem Geltungsbereich nach sind mithin beide Arten von Anwendungsnormen übereinstimmend: beide gelten eben innerhalb dieses Staats. Endlich ist auch ihr letzter sachlicher Inhalt kein notwendig verschiedener: die Kollisionsnormen können ja mit dem, was völkerrechtlich gefordert ist, übereinstimmen, darüber wird in Bälde näher die Rede sein. Der Unterschied liegt vielmehr nur darin: die subsidiäre Anwendungsnorm hat zu ihrem einzigen Inhalt die Verweisung auf das Völkerrecht, ohne dessen Inhalt festzustellen, die Kollisionsnorm hingegen bestimmt das anzuwendende Recht, ohne eine solche Prüfung des Völkerrechts zu erfordern.

II. Rechtlicher Charakter der Anwendungsnorm.

Sind im übrigen sowohl die Kollisionsnormen wie die subsidiär geltenden dem Völkerrecht entsprechenden Sätze gleichartiges innerstaatliches Recht, so ist nunmehr die Frage zu erheben: welchen

rechtlichen Charakter tragen alle Anwendungsnormen und welchem Teil des innerstaatlichen Rechts gehören sie an?

Abzulehnen wäre zunächst die Antwort, dafs sie ein Teil des materiellen Privatrechts des Staats seien. Denn die Anwendungsnorm grenzt die Herrschaft der einen materiellen Rechtsordnung gegen andere oder mehrerer untereinander ab, sie regelt die Anwendbarkeit der Rechtsordnungen, setzt also deren Dasein als ihr Objekt bereits voraus und kann darum nicht selbst materielles Recht sein: sie kann es so wenig, wie man sich an seinen eignen Haaren aus dem Wasser ziehen kann. Zwar mag die Unterscheidung, ob ein bestimmter einzelner Rechtssatz materieller Rechtssatz oder Anwendungsnorm ist, vielfach Schwierigkeiten machen; nicht alle Sätze, die auf den ersten Blick als Anwendungsnormen erscheinen, ja sogar nicht alle, die bei Darstellung eines einzelstaatlichen internationalen Privatrechts besprochen zu werden pflegen, sind in Wahrheit Anwendungsnormen, einige sind vielmehr in Wahrheit Sätze des materiellen Privatrechts — im nächsten Kapitel wird die Untersuchung, ob Anwendungsnorm, ob materieller Rechtssatz, eingehend geführt werden —: aber die Schwierigkeit der Unterscheidung im einzelnen hebt doch die sichere Thatsache nicht auf, dafs die echte Anwendungsnorm, die also, welche die Herrschaftsgrenzen des materiellen Rechts festsetzt, und nur von solchen ist im folgenden die Rede, nicht selbst materielles Privatrecht sein kann. Ist die Anwendungsnorm aber nicht Norm des materiellen Privatrechts, so ist sie überhaupt nicht Norm des Privatrechts, denn ein anderes als materielles Privatrecht giebt es nicht. Und daraus ergiebt sich: da sie nicht Völkerrecht und nicht Privatrecht ist, so kann sie nur innerstaatliches öffentliches Recht sein. Sie ist öffentliches Recht einmal und unstreitig insofern, als sie Anwendungsbefehl an den Richter ist, und das ist sie immer, mag sie nun in der Form eines Anwendungsbefehls auftreten („dieses Gesetz ist anzuwenden") oder nicht (z. B. „dieses Gesetz ist mafsgebend", „nach diesem Gesetze bestimmt sich" u. s. w.). Indes dieser Anwendungsbefehl ist doch nicht der primäre Inhalt der Anwendungsnorm, sondern nur eine Folgeerscheinung zu ihm; es ist also zuzusehen, welchen Rechtscharakter die Anwendungsnorm ihrem primären Inhalt nach trägt. Und da ist vom Standpunkt dieses Buches aus nicht zweifelhaft, dafs sie auch insoweit durchaus dem öffentlichen Rechte angehört. Aber welcher Art öffentliches Recht ist sie? Einige kurze Bemerkungen müssen hier als Antwort genügen; eine

ausführliche Begründung der Antwort würde allzuweit ab und allzu tief in die juristische Eschatologie führen.

Eine Rechtsordnung für anwendbar erklären, heifst in jedem Fall: erklären, dafs diese Rechtsordnung und damit dieser Staat, der Subjekt der Rechtsordnung ist, Gewalt über solche Personen, solches Gebiet habe. Jede Anwendungsnorm ist mithin, mag das dem, der sie schafft, auch nicht bewufst sein, ihrem eigentlichen Grundinhalt nach eine Erklärung des Staats über die Grenzen der Gesetzgebungsgewalt in privatrechtlichen Dingen, die ihm selbst oder die anderen Staaten zukommt. Und zwar über die Grenzen nicht im Verhältnis etwa zu der den Einzelnen verbleibenden Freiheitssphäre, sondern im Verhältnis zu der Gesetzgebungsgewalt anderer Staaten: die Erklärung ist mithin eine Erklärung über den völkerrechtlichen Bereich von Gesetzgebungsherrschaft, den dieser Staat sich oder anderen Staaten zuerkennt. Bezieht sich hiernach ihr Inhalt auch auf das Völkerrecht, so ist sie selbst doch kein völkerrechtlicher Akt — sie will nicht Erklärung gegenüber den anderen Staaten sein — sondern ein staatsrechtlicher, und der Rechtssatz, den sie schafft, hat zunächst rein staatsrechtliche Bedeutung. Man sehe zuerst die Normen an, durch die der Staat den internationalprivatrechtlichen Anwendungsbereich seiner eigenen Privatrechtsordnung festsetzt. Jede solche Norm ist eine Erklärung des Staats über die Grenzen seiner Gesetzgebungsgewalt im Verhältnis zu fremden Staaten, insofern also nächstverwandt mit den Normen, durch die z. B. das Deutsche Reich seine Privatrechtsgesetzgebungsmacht im Verhältnis zu den Gliedstaaten begrenzt, von ihnen verschieden nur insofern, als das Verhältnis des Reichs zu seinen Gliedern lediglich innerreichsrechtlich ist, während das Verhältnis zu fremden Staaten völkerrechtliche Natur hat. Nach dieser Richtung hin ist vielleicht eher die Analogie zu einem Satz heranzuziehen, wie ihn die deutsche Reichsverfassung in Artikel 1 zeigt: „Das Bundesgebiet besteht aus . . .“ Gerichtet ist diese Erklärung, durch die das Deutsche Reich sein Gebiet feststellt, nicht an die auswärtigen Staaten — obwohl der hier feierlich ausgesprochene Satz auch ihnen gegenüber die gröfste thatsächliche Wirkung hat —, sondern er ist eine Erklärung, die das neue Staatswesen über sich zu sich selbst macht, und mit der es sich selbst seine Lebensgrundlage giebt. Ich halte es für unzureichend, in jenem Satz lediglich eine Begriffsentwicklung für den Begriff des ‘deutschen Bundesgebiets’ zu sehen, und für unmöglich, ihn in Befehle und Erlaubnisse gewöhnlicher Art aufzulösen: er ist ein

öffentlich-rechtlicher Satz von durchaus eigentümlicher, von 'konstitutiver' Art. Vielleicht tritt das noch klarer hervor, wenn man einen Satz betrachtet, wie ihn § 1 des Reichsgesetzes vom 15./12. 1890 enthält: „Die Insel Helgoland . . . tritt dem Bundesgebiete hinzu." Diese Erklärung ist nicht an fremde Staaten gerichtet: der völkerrechtliche Vertrag mit England war bereits fast ein halbes Jahr vorher geschlossen, und eine Notifikation dieses Vertrags an die anderen Mächte soll das Reichsgesetz vom 15./12. 1890 offenbar nicht sein. Ebensowenig ist die Erklärung aber unmittelbar an die Einzelnen gerichtet, weder an die Helgoländer noch an die Deutschen; sie hat für sich allein diesen gegenüber keinen Befehls- oder Erlaubnisinhalt. Erst im § 2 desselben Gesetzes wird die Reichsverfassung auf Helgoland in Kraft gesetzt! Und trotzdem ist sie als Rechtssatz anzusehen; sie stellt eine nur durch neues Gesetz wieder aufhebbare Veränderung in dem Bestande des Reichs her. In ganz ähnlicher Weise ist die internationalprivatrechtliche Norm über die Herrschaft des eignen Rechts eine Erklärung der Auffassung, welche der Staat selbst in Bezug auf seine völkerrechtliche Stellung hat, und zugleich der Ausdruck des Willens, dafs diese Auffassung künftig Norm des Staats für sein eignes Handeln (und folgeweise auch für das seiner Richter) sein solle.

Aber auch die Normen, durch welche der Staat die Herrschaftsbereiche fremder Rechtsordnungen nicht im Verhältnis zum Bereich der eignen, sondern untereinander abgrenzt, sind Normen des öffentlichen Rechts: sie sind Erklärungen, durch welche der Staat in einer ihn selbst bindenden Weise seiner völkerrechtlichen Auffassung über die Gesetzgebungsgewalt der fremden Staaten im Verhältnis zu einander Ausdruck giebt. Da alles Völkerrecht auf einer Gemeinschaft der Völker beruht, so berührt folgeweise die Herrschaftsabgrenzung zwischen zwei anderen Staaten nicht nur die Interessen sondern auch die völkerrechtlichen Rechte und Pflichten unsres eignen Staats: es ist selbstverständlich ein Unterschied, ob er diesem oder jenem Staat gegenüber dieses Recht, diese Pflicht hat. Indem ein Staat also seine Auffassung über die völkerrechtliche Herrschaftsabgrenzung zwischen zwei fremden Staaten in einer ihn sich selbst gegenüber bindenden Weise und darum zugleich mit Wirksamkeit für seine Behörden festlegt, schafft er wiederum an den Rechtsgrundlagen seines eigenen Lebens mit. Ob sich Analogien zu solchen Gesetzen in unsrer Gesetzgebung auch sonst finden, soll hier nicht untersucht werden: wenn sich ein innerstaat-

liches Gesetz finden sollte, in dem irgend eine zwischen zwei anderen Staaten bestehende völkerrechtliche Beziehung innerstaatlich deklariert wird, so würde es eine solche Analogie bilden.

III. Verhältnis der Anwendungsnormen zum Völkerrecht.

Die subsidiären Anwendungsnormen decken sich mit den völkerrechtlichen Folgerungen oder sind diese vielmehr selbst, nur mit innerstaatlicher Geltung. Die primären Kollisionsnormen hingegen sind freie Erzeugnisse der innerstaatlichen Rechtsbildung, ihr Verhältnis zum Völkerrecht kann also friedlich oder feindlich sein.

Die Kollisionsnorm kann, wie schon früher gesagt, völkerrechtsgemäfs sein, d. h. mit dem übereinstimmen, was der allgemeinen oder auch nur besonderen völkerrechtlichen Grundlage entspricht. Sie ist dann nur eine Bestätigung dessen, was der Richter sonst als Recht aus der völkerrechtlichen Grundlage entwickeln müfste; die Entscheidung, welches Recht mafsgebend sei, fällt also gemäfs dieser Kollisionsnorm ebenso aus, als wenn die Kollisionsnorm fehlte: nur wird dem Richter dieses Staats die Arbeit des Suchens und die Qual des Zweifelns erspart, da er eben in erster Linie an die positiven Normen seines Staats gebunden ist.

Die Kollisionsnorm kann aber auch etwas festsetzen, was den Folgerungen aus der völkerrechtlichen Grundlage widerspricht. Dafs auch der Fall hierher gehört, wenn der Staat die Anwendungsnorm kraft Vertrags mit einem anderen Staat erlassen hat, sofern dieser Vertrag über den Herrschaftsbereich der vertragschliefsenden Staaten hinübergriff, wurde oben erörtert (S. 165). Solche Rechtssätze tragen mit besonderem Recht den Namen, mit dem wir alle primär geltenden Anwendungsnormen bezeichneten: den Namen 'Kollisionsnormen'. Bei dem Gebrauch dieses Ausdrucks mag zwar nicht selten die Vorstellung rege werden, dafs solche Normen dazu bestimmt seien, die an sich vorhandenen Kollisionen der verschiedenen örtlich geltenden Gesetze zu verhüten; in Wahrheit liegt die Sache aber gerade umgekehrt: solche Rechtssätze schaffen erst Kollisionen, welche, wenn man es bei der Geltung der allgemeinen Grundsätze beliefse, nicht vorkommen könnten. In diesem anderen bei der Prägung des Worts nicht beabsichtigten Sinne ist der Name allerdings bezeichnend.

Wie die subsidiär geltenden Anwendungsnormen Folgerungen aus der völkerrechtlichen Grundlage sind, so enthält mit Notwendigkeit jede Kollisionsnorm, welche mit jenen allgemeinen Sätzen

nicht übereinstimmt, sei sie welche sie sei, rückwirkend zugleich auch einen Widerspruch gegen jene völkerrechtliche Grundlage, ist also völkerrechtswidrig.

Erklärt der Staat sein eignes Recht für anwendbar, obwohl es nach der völkerrechtlichen Grundlage nicht anwendbar wäre, so nimmt er damit in einer bestimmten Beziehung eine staatliche Herrschaft über Personen oder Gebiet in Anspruch, welche ihm völkerrechtlich genommen nicht zusteht, und erkennt folgeweise die Herrschaft des anderen Staates, dem sie völkerrechtlich zusteht, nicht an, greift vielmehr in den völkerrechtlich abgegrenzten Bezirk der Herrschaft des fremden Staats und damit in dessen Souveränetät ein. Er kann die von ihm beanspruchte Herrschaft dann ausüben, soweit er thatsächlich dazu in die Lage kommt; im Sinn des Völkerrechts aber ist seine Herrschaft keine rechtmäfsige. Erkennt der andere Staat, zu dessen Ungunsten er seine völkerrechtlich ungerechtfertigten Ansprüche erhebt, diese nicht in seinen eignen Kollisionsnormen zufällig selbst an, so ist mit Notwendigkeit ein Konflikt der internationalrechtlichen Entscheidungen da, sobald derselbe Fall in den mehreren Staaten zur Sprache kommt, ein Konflikt, der in seinem letzten Grunde völkerrechtlicher Natur ist.

Erklärt der Staat sein eignes Recht, obwohl es nach der völkerrechtlichen Grundlage anwendbar wäre, für nicht anwendbar, hingegen ein fremdes Recht für mafsgebend, so ist dieser Rechtssatz, als wirkliche Kollisionsnorm aufgefafst, ebenfalls völkerrechtswidrig. Denn als Kollisionsnorm bedeutet er: der Staat engt rückwirkend den völkerrechtlich ihm zustehenden Herrschaftskreis über Gebiet oder Personen in dieser internationalrechtlichen Beziehung ein und spricht einem anderen Staat eine Herrschaft zu, welche diesem völkerrechtlich nicht zusteht. Das aber ist völkerrechtlich unwirksam. Allerdings hat es völkerrechtliche Erheblichkeit, wenn ein Staat einseitig auf seine Herrschaft überhaupt verzichtet: die Dereliktion ist ein völkerrechtlich wirksames Geschäft, wie es die Occupation in ihren Grenzen ist. Behält aber der Staat seine Herrschaft im ganzen und will er nur in einer einzelnen — hier also in internationalprivatrechtlicher — Beziehung ihr keine Folge geben, so wird dadurch der völkerrechtliche Rechtszustand selbst nicht geändert. Und ebensowenig kann ein Staat durch eine einseitige Willenserklärung seinerseits einem anderen Staat eine völkerrechtlich anzuerkennende Herrschaft über das hinaus verschaffen, was an Herrschaft diesem anderen Staat kraft Völkerrechts bereits zusteht. Die Verschiedenheit der Kollisionsnormen ergiebt auch hier die

Möglichkeit eines Konflikts, den man nicht unpassend als „negativen Konflikt“ bezeichnet hat.

Erklärt endlich der Staat das Recht eines andern Staats in einem Falle für anwendbar, wo nach völkerrechtlichen Grundsätzen das Recht nicht dieses anderen sondern eines dritten Staats anwendbar wäre, so liegt darin wiederum eine Nichtanerkennung der staatlichen Herrschaft dieses dritten Staats, ein Eingriff also in dessen Souveränetät, und zugleich eine Zuerkennung von Herrschaft zu Gunsten eines Staats, dem diese Herrschaft völkerrechtlich nicht zusteht: kurz die Anwendungsnorm setzt sich in offnen Widerspruch gegen die völkerrechtlich anerkannte Herrschaftsabgrenzung der Staaten. Die Anwendungsnorm ist also ebenfalls völkerrechtswidrig. Dafs auch hier ein wiederum positiver Konflikt der Entscheidungen entstehen kann, liegt auf der Hand.

Einzig die Völkerrechtswidrigkeit innerstaatlicher Kollisionsnormen ist es hiernach, aus der sich überhaupt die Möglichkeit von Konflikten im internationalen Privatrecht und damit von allen den Übelständen ergiebt, die in der „Einleitung“ berührt wurden. Solange die völkerrechtswidrigen Kollisionsnormen bestehen, sind sie natürlich innerstaatlich völlig giltiges Recht — das ist eben die Schwäche des Völkerrechts, dafs es sich, weil die übergeordnete Zwangsgewalt fehlt, überall an dem Willen eines einzelnen Staats brechen kann. Alle jene Konflikte können also, eben weil sie in ihrem letzten Grunde völkerrechtlicher Natur sind, nur dadurch beseitigt werden, dafs jeder einzelne Staat sich entschliefst, seine Kollisionsnormen, soweit sie dem Völkerrecht widersprechen, aufzuheben. Der intime Zusammenhang zwischen internationalem Privatrecht und Völkerrecht ist nun bisher nicht in vollem Mafs erkannt. Darum ist sich auch der Staat, der Kollisionsnormen erläfst, die von dem völkerrechtlich Geforderten abweichen, nicht bewufst, dadurch die völkerrechtliche Grundlage, die er selbst im übrigen anerkennt, zu durchbrechen. Gerade deshalb hat die internationalrechtliche Theorie besonderen Grund, laut und unablässig diesen völkerrechtswidrigen Charakter der abweichenden Kollisionsnormen zu betonen. Denn je mehr das Bewufstsein davon durchdringt, desto mehr darf man hoffen, dafs die Gesetzgebungen mit solchen störenden Kollisionsnormen, die niemandem Vorteil, Vielen Schaden bringen, aufräumen werden.

IV. Die Elemente der Anwendungsnormen.

Ihrem allgemeinen logischen Inhalt nach bestehen die Anwendungsnormen (das Wort 'Norm' immer nur in dem Sinn von 'Rechtssatz' gebraucht) wie andere Rechtssätze sämtlich darin, dafs an einen bestimmten Thatbestand eine bestimmte Rechtswirkung geknüpft wird.

1. Unter der „Rechtswirkung", die in der Anwendungsnorm angeordnet ist, wird hier verstanden, dafs auf Grund der Anwendungsnorm eine bestimmte Rechtsordnung nunmehr innerhalb des Staats für diesen Fall Anwendbarkeit erhält. In der Anordnung einer solchen Rechtswirkung liegt immer auch ein Anwendungsbefehl an die mit der Anwendung betrauten Personen (s. oben S. 196).

2. Die gedachte Rechtsfolge, die Anwendbarkeit einer bestimmten Rechtsordnung, ist an Voraussetzungen geknüpft: diese Voraussetzungen bilden den Thatbestand in der Anwendungsnorm. Zwar läfst sich eine völlig voraussetzungslose Kollisionsnorm denken, die dann zugleich, eben weil sie keine Voraussetzungen machte, immer zutreffen müfste und darum keine anderen Kollisionsnormen mehr neben sich haben könnte; es wäre die Norm: mafsgebend sei in jedem Falle das eigene Recht, die lex fori. Eine derartig bedingungslose Norm findet sich aber thatsächlich in keinem Staat. Die wirklich vorkommenden Anwendungsnormen machen vielmehr jedenfalls eine, meist zwei Voraussetzungen. Eine Rechtsordnung soll angewendet werden: wobei? bei der Beurteilung eines Falls. Dieser Fall mufs von gewisser Art sein — damit haben wir die Voraussetzungen für die Anwendbarkeit der bestimmten Rechtsordnung.

a. Es mufs zunächst eine materiellrechtliche Frage gerade dieser Art sein, die in dem Fall Entscheidung verlangt. Jede Anwendungsnorm ist nur auf eine materiellrechtliche Frage bestimmter Art berechnet, beispielsweise „das eheliche Güterrecht" wird nach dem und dem Gesetz beurteilt, oder: „für die Scheidung der Ehe" sind die Gesetze des Staates mafsgebend, der u. s. w. Diese Rechtsfrage bildet also eine Voraussetzung für die Anwendbarkeit der Rechtsordnung.

b. Wenn der Thatbestand einer Kollisionsnorm mit dieser Angabe der Rechtsfrage erschöpft ist, so bedeutet das: bei einer solchen Rechtsfrage soll jedes Mal eine und dieselbe Rechtsordnung angewendet werden, gleichgiltig wie beschaffen im übrigen die Um-

stände des Falls sein mögen. Derartige Kollisionsnormen kommen wirklich vor: sie lauten dann natürlich immer zu Gunsten der eignen Rechtsordnung, d. h. eine solche Frage soll immer nach den materiellrechtlichen Bestimmungen derselben Rechtsordnung, der auch die Kollisionsnorm angehört, beurteilt werden[1]. Die weitaus meisten Kollisionsnormen aber und ebenso alle subsidiären aus dem Völkerrecht hergeleiteten Anwendungsnormen enthalten noch eine zweite Thatbestandsvoraussetzung: der zur Entscheidung stehende thatsächliche Fall mufs eine bestimmte Beziehung zum Inland oder Ausland haben, insbesondere mufs eine Beziehung bestimmter Art zu dem Staate vorhanden sein, dessen Rechtsordnung angewendet werden soll. Auch wenn eine Kollisionsnorm unterschiedslos die Anwendung der lex fori bei einer bestimmten Rechtsfrage vorschreibt, kann man freilich davon reden, dafs der Fall eine Beziehung zu dem Staat habe, dessen Rechtsordnung Anwendbarkeit verlangt: die Beziehung ist eben die, dafs der Fall vor dem Gericht dieses Staats zur Entscheidung kommt. Aber davon ist hier nicht die Rede: wir meinen vielmehr Beziehungen, die der Fall ohne Rücksicht auf seine prozessuale Geltendmachung hat. Solche Beziehungen sind bald örtliche (z. B. Lage der Sache, um die es sich handelt, im Gebiet des Staats), bald persönliche (Angehörigkeit einer Person zum Staat); beides wird wohl am besten zusammengefafst, wenn man einfach von der 'staatlichen Beziehung des Falls' spricht. Neuerdings sind die Beziehungen, an deren Vorhandensein die Anwendbarkeit der bestimmten Rechtsordnung geknüpft ist, „Anknüpfungsmomente“ genannt worden[2]. Dieser Ausdruck ist richtig gewählt aber insofern zu weit, als überhaupt jede Thatsache, an die auch in materiellrechtlichen Sätzen irgend eine sei es privat- sei es strafrechtliche oder sonstige Rechtsfolge geknüpft ist, ein Anknüpfungsmoment für diese Rechtsfolge zu nennen ist. 'Anknüpfungsmoment' ist an sich eben nichts anderes

[1] Z. B. für die Ehescheidung das Argentinische Recht (bei Neumann Nr. 388), für den aufserehelichen Beischlaf Sächsisches GB. § 12. Das Deutsche Einführungsgesetz enthält solche Bestimmungen nicht; auch Art. 23 Abs. 1 setzt voraus, dafs es sich um einen Ausländer handelt, wennschon sachlich die gleiche Bestimmung im Bürgerlichen Gesetzbuch selbst auch für Inländer getroffen ist, s. BGB. § 1846, 1906 ff. Höchstens Art. 21 Halbsatz 2 ist zu nennen: neben dem Personalstatut kommt jedesmal auch das deutsche Recht in Anwendung. — Niemeyer, Vorträge VII S. 9 nennt derartige Anwendungsnormen nicht übel 'absolutistische Kollisionsnormen'.

[2] S. Kahn in den Jahrbüchern für die Dogmatik 30 S. 55, Niemeyer, Vorschläge und Mater. S. 102.

als 'Thatbestandsmoment' schlechthin. Man kann den Ausdruck also im internationalen Privatrecht verwenden, mufs aber immer hinzudenken: internationalprivatrechtlich wichtige Anknüpfungsmomente.

c. Eine Rechtsfrage, eine staatliche Beziehung, daran angeknüpft die Folge, dafs eine gewisse Rechtsordnung anwendbar sei — das sind die drei Elemente der normalen Anwendungsnorm. Es giebt aber eine ganze Reihe von Kollisionsnormen, welche die Anwendbarkeit einer bestimmten Rechtsordnung noch an das Dasein eines weiteren Erfordernisses knüpfen: ob diese oder jene bestimmte Rechtsordnung anwendbar ist, das wird abhängig gemacht von dem Inhalt eines fremden Rechtssatzes. Als Beispiel diene hier schon ein Rechtssatz wie der: es soll diese fremde Rechtsordnung anwendbar sein, wenn indes die Kollisionsnormen dieses fremden Rechts selbst auf unsre Rechtsordnung zurückverweisen, soll unsre Rechtsordnung anwendbar sein[3]. — Die einzelnen Elemente der Anwendungsnormen sind im Folgenden genauer zu besprechen, und zwar ist aus Darstellungsgründen die Reihenfolge gewählt: Rechtsfrage (V), Anwendbarkeitsfolge (VI), staatliche Beziehung (VII), endlich die soeben erwähnte besondere hie und da vorkommende Voraussetzung (VIII).

V. Die Rechtsfrage insbesondere.

Die einzelne Anwendungsnorm befiehlt immer, ein gewisses Recht solle angewendet werden. Worauf? auf eine Frage, die einer bestimmten privatrechtlichen Materie angehört, wir nannten sie kurz die Rechtsfrage. In den subsidiären Anwendungsnormen, die wir aus dem Völkerrecht abzuleiten suchten, ist die Frage, für welche die Anwendungsnorm berechnet ist, überall nach einem einheitlichen Princip abgegrenzt: es kommt immer nur auf die Art des subjektiven Rechts an, um dessen Erwerb oder Verlust sich der Streit dreht. Diese principielle Abgrenzung bietet einen doppelten Vorteil. Einmal verbürgt sie die Vollständigkeit der

[3] Die Anwendbarkeit einer Rechtsordnung könnte natürlich auch noch an beliebige sonstige Voraussetzungen geknüpft sein, doch scheint das nirgends wirklich vorzukommen, wie es auch zweckwidrig und willkürlich wäre. Wenn Art. 23 Abs. 1 des Deutschen Einf.-Gesetzes die Zulässigkeit der Anordnung einer Vormundschaft im Inland über einen Ausländer an die negative Bedingung knüpft, dafs der Heimatstaat „die Fürsorge nicht übernimmt“, so ist das in Wahrheit eine materiellrechtliche Voraussetzung der deutschen Vormundschaftsanordnung; s. darüber unten S. 208.

Anwendungsnormen in Bezug auf die von ihnen betroffenen Rechtsfragen: für jede denkbare Rechtsfrage ist das anwendbare Recht bestimmt, da bei jeder ein Erwerb oder Verlust eines subjektiven Rechts in Frage stehen mufs. Sodann erlaubt sie eine völlig sichere Abgrenzung der Fragensphäre, für die jede einzelne Anwendungsnorm berechnet ist. Die positiven Kollisionsgesetzgebungen haben diese Vorteile nicht. Sie kennen kein einheitliches Einteilungsprincip für alle möglichen Rechtsfragen, das zugleich auch mit dem Princip für die internationalrechtliche Behandlung in Zusammenhang stünde, sondern nehmen die Rechtsfragen nur so auf, wie sie durch die Empirie als internationalprivatrechtlich interessant entgegengebracht werden; sie entbehren also notwendig der Vollständigkeit. Ebenso haben sie aber auch die einzelnen Rechtsfragen nicht nach einheitlichem Gesichtspunkt abgegrenzt, sondern in sehr verschiedenartiger Weise. Dabei haben sie sie häufig nur mit einem allgemeinen Stichwort bezeichnet, sodafs das Zutreffen der Anwendungsregel im Einzelnen sehr zweifelhaft bleibt. Die Schwierigkeit in der Handhabung der positiven Normen eines einzelnen internationalen Privatrechts beruht zum guten Teil auf dieser Unsicherheit in der Subsumtion der konkreten Fragen unter das Stichwort der Kollisionsnorm.

1. Im Folgenden wird zuerst der Versuch gemacht, eine Übersicht über die Arten der Rechtsfragen, auf welche die wirklichen Kollisionsnormen berechnet sind, zu gewinnen. Der Ausgangspunkt ist von der Verschiedenheit der Thätigkeit des Richters, an den sich die Kollisionsnorm ja wendet, zu nehmen.

a. Es handelt sich um einen gewöhnlichen Rechtsstreit, bei dem der Richter ein behauptetes Rechtsverhältnis zu beurteilen und demnach den Kläger abzuweisen oder den Beklagten zu verurteilen hat. Wie der vollständige materielle Rechtssatz daraus besteht, dafs eine bestimmte Rechtswirkung an einen bestimmten Thatbestand geknüpft ist, so hat der Richter in jedem Rechtsstreit zu prüfen, ob diese behauptete Rechtswirkung aus solchen Thatsachen, wie sie behauptet sind, hervorgehen könne; und diese Frage läfst sich (vergl. oben S. 142) theoretisch in die beiden zerlegen: erstens welche Rechtswirkung folgt aus dieser Thatsache? und zweitens welcher Thatbestand ist nötig, damit diese Rechtswirkung eintrete? Die Kollisionsnorm kann nun das bei der einen und das bei der anderen dieser Fragen zu Grunde zu legende Recht bezeichnen.

α. Entweder bestimmt die Kollisionsnorm nur etwas über die Rechtswirkung einer gewissen Thatsache, die in den verschiedenen

Rechtsgebieten rechtserheblich zu sein pflegt, regelt aber nicht näher die Voraussetzungen (Erfordernisse) der Rechtswirksamkeit dieser Thatsache, sondern sagt nur: wenn eine rechtswirksame Thatsache solcher Art vorliegt, ist für die Wirkung diese oder jene Rechtsordnung mafsgebend. So z. B. bestimmt das Deutsche EG. Art. 14, nach welchem Recht die persönlichen Rechtsbeziehungen der Ehegatten zu beurteilen sind — der Thatbestand einer giltigen Ehe wird dabei vorausgesetzt[4]. Ob in einem solchen Falle zugleich auch noch eine andere Kollisionsnorm existiert, welche die Beurteilung der Erfordernisse der Eheschliefsung betrifft, ist gleichgiltig: sie kann vorhanden sein, kann aber auch fehlen.

β. Oder die Kollisionsnorm bestimmt nur etwas über den Thatbestand für eine gewisse Art von Rechtswirkung, die in den verschiedenen Rechtsgebieten angeordnet zu sein pflegt, richtet aber diese Rechtswirkung im Einzelnen nicht näher, sondern sagt nur: der zu einer solchen Rechtswirkung nötige Thatbestand richtet sich nach diesem oder jenem Gesetz. So bestimmt das Deutsche EG. Art. 13 nur, nach welchem Recht der Thatbestand für die Entstehung der Ehe zu beurteilen sei. Und wiederum: ob in einem solchen Falle zugleich auch noch eine andere Kollisionsnorm existiert, welche die Wirkung der Ehe der Beurteilung eines bestimmten Rechts unterwirft, ist gleichgiltig: sie kann vorhanden sein, kann aber auch fehlen. — Oder die Kollisionsnorm bestimmt gar nur, nach welchem Recht ein einzelnes Thatbestandsmoment, das in den verschiedenen Rechtsordnungen für verschiedene Rechtswirkungen gefordert zu sein pflegt, beurteilt werden soll, z. B. die Geschäftsfähigkeit, die Form des Rechtsgeschäfts[5].

γ. Oder die Kollisionsnorm verbindet zu einer Einheit die beiden soeben getrennten Teile: sie sagt sowohl, nach welchem Gesetz der Thatbestand, wie nach welchem die Rechtswirkung zu beurteilen sei. Dabei mufs aber natürlich der Gegenstand des Rechtssatzes im allgemeinen bezeichnet sein. Bei dieser Bezeichnung kann die Kollisionsnorm wieder von einer Thatsache ausgehen und sagen: diese Thatsache (z. B. Legitimation und Annahme an Kindesstatt, EG. Art. 22) bestimmt sich — sowohl in ihren näheren Voraussetzungen wie in ihrer Wirkung — nach diesem

[4] Weitere Bestimmungen blofs über die Rechtswirkung von Thatsachen: Art. 12, 19, 20, 21.

[5] Geschäftsfähigkeit EG. Art. 7 und Art. 24 Abs. 3 Satz 1 Halbs. 2; Form Art. 11; Ehelichkeit Art. 18; Rechtsfähigkeit Art. 10; Giltigkeit eines Rechtsgeschäfts Art. 24 Abs. 3 Satz 1 Halbs. 1.

oder jenem Gesetz; oder von einer Rechtswirkung: diese Rechtswirkung bestimmt sich — sowohl in ihrer näheren Art wie in dem für ihre Entstehung erforderlichen Thatbestande — nach diesem oder jenem Gesetz (z. B.[6] ein Deutscher wird nach den deutschen Gesetzen beerbt, EG. Art. 24 Abs. 1; Inhalt, Erwerb und Verlust von Sachenrechten sind nach der lex rei sitae zu beurteilen, D. Entw. II § 2241); hierbei kann die zu beurteilende Rechtswirkung zugleich auch durch allgemeine Angabe des Thatbestandes, aus dem sie entspringen soll, bezeichnet werden, z. B. die Kollisionsnorm regelt, nach welchem Recht zu beurteilen sind die Ansprüche (Rechtswirkung) aus einer unerlaubten Handlung (Thatbestand): das maſsgebende Recht hat dann sowohl zu sagen, wann eine rechtswirksame unerlaubte Handlung vorliegt, als auch, welches Art und Maſs der entstehenden Ansprüche im einzelnen ist (s. EG. Art. 12).

b. Die Thätigkeit des Richters kann aber auch konstitutiv sein, d. h. er soll durch seine Thätigkeit eine bestimmte Wirkung erst herbeiführen, z. B. eine Entmündigung vornehmen, jemand für tot erklären, eine Ehe scheiden, eine Vormundschaft anordnen. Der richterliche Akt ist hier selbst Thatbestand für die Rechtswirkung. Wenn eine Kollisionsnorm dem Richter vorschreibt, nach welchem Recht er die Giltigkeit und die Wirkungen einer irgendwo anders und früher geschehenen Entmündigung, Todeserklärung, Ehescheidung, Vormundschaftsanordnung zu beurteilen habe, so gehört die Kollisionsnorm zu der vorher besprochenen Art; anders aber, wenn sie anordnet, unter welchen Voraussetzungen er selbst diesen Akt vornehmen dürfe: sie enthält dann jener gegenüber immer ein Weniger und ein Mehr. Sie ist insofern reine Kollisionsnorm, als sie bestimmt, nach welchem Recht der Richter die materiellrechtliche Zulässigkeit (die materiellrechtlichen Voraussetzungen) seines Aktes zu beurteilen habe (die Kollisionsnorm betrifft insoweit die Rechtsfrage des Thatbestands), und weiter insofern, als sie möglicherweise auch bestimmt, nach welchem Recht die Wirkung dieses seines Aktes zu beurteilen sei (sie betrifft dann die Rechtsfrage der Wirkung). Aber sie enthält ein Weniger gegenüber jener anderen Art von Kollisionsnormen, weil sie sich eben nur auf die Beurteilung der Zulässigkeit dieses jetzt vorzunehmenden

[6] Ebenso EG. Art. 25 Satz 1; fernere Beispiele Art. 24 Abs. 2 „in Ansehung der Haftung für die Nachlaſsverbindlichkeiten“, Art. 25 Satz 2 „erbrechtliche Ansprüche“; hierher auch Art. 15 mit 16 „das eheliche Güterrecht“.

Akts, nicht irgend eines schon anderwärts vorgenommenen bezieht. Und sie enthält ein Mehr: sie hat zugleich auch einen verwaltungs- bezw. prozefsrechtlichen Inhalt, wenn sie zugleich dem Richter erlaubt oder befiehlt, diese bestimmte Thätigkeit vorzunehmen; und sie hat immer auch einen rein privatrechtlichen Inhalt, denn sie ordnet einmal an, dafs dieser Akt eine gewisse materiellrechtliche Wirkung habe, mag sie auch bezüglich des Details dieser Wirkungen auf ein fremdes Recht verweisen, und sie stellt ferner so und so oft auch materielle Erfordernisse auf, welche jedenfalls verwirklicht sein müssen, damit dieser Akt zulässig sei. Die Kollisionsnormen dieser Art nehmen also eine gesonderte Stellung gegenüber den übrigen ein[7].

2. Die wirklich vorhandenen Kollisionsgesetzgebungen sind, wie eingangs gesagt, in Bezug auf die Rechtsfragen, für welche Anwendungsnormen gegeben werden, mit Notwendigkeit alle unvollständig. Das hat hier eine andere Bedeutung als im materiellen Recht. Wenn das materielle Recht eine Rechtswirkung gewisser Art an einen Thatbestand gewisser Art geknüpft, für den Fall aber, dafs der Thatbestand ein anderer als der im Gesetz genannte ist, nichts bestimmt hat, so braucht darum doch keine Lücke da zu sein: der Thatbestand anderer Art bleibt dann eben wirkungslos. Im International-Privatrecht aber mufs immer eine positive Antwort gegeben werden, irgend ein Recht mufs in jedem einzelnen Falle

[7] Die vier Normen dieser Art, die sich im Deutschen Einf.-Gesetz befinden, zeigen folgendes Bild: 1) Für die Entmündigung (Art. 8), die Todeserklärung (Art. 9) und die Vormundschaftsanordnung (Art. 23) ist zunächst normiert, welche staatliche Beziehung vorhanden sein müsse, damit der Richter den betreffenden Akt vornehmen dürfe; für die Scheidung (Art 17) fehlt eine entsprechende Bestimmung, hier tritt CPO. § 568 in die Lücke. 2) Entmündigung und Todeserklärung erfolgen, soweit sie überhaupt statthaben, „nach den deutschen Gesetzen" — dies ist sowohl auf die Voraussetzungen wie auf die Wirkung des Akts im ganzen zu beziehen, wie die Klausel des Art. 9 Abs. 2 beweist. 3) Für die Vormundschaftsordnung ist über die Beurteilung der Wirkungen nichts ausdrücklich bestimmt; für die Voraussetzungen soll das Personalstatut, in gewissen Fällen (bei vorhergegangener Entmündigung) aber das deutsche Recht mafsgebend sein; bei der Anordnung „vorläufiger Mafsregeln" (Art. 23 Abs. 2) ist offenbar Anwendung des deutschen Rechts vorausgesetzt. 4) Für die Scheidung der Ehe ist das Personalstatut als mafsgebend erklärt; kumulativ kommt auch noch die lex fori in Betracht, indes nur, soweit es sich um die Zulässigkeit der Scheidung handelt (Art. 17 Abs. 4): dieser Zusatz beweist, dafs die in der Hauptregel angeordnete Beurteilung nach dem Personalstatut sich auch auf die Wirkungen der Scheidung im einzelnen bezieht.

angewendet werden. Jede unvollständige Norm bedarf also unausweichlich der Ergänzung.

Die Ergänzung darf nicht sofort durch die subsidiäre völkerrechtliche Norm geschehen. Vielmehr mufs zunächst versucht werden, den vorhandenen Kollisionsnormen soviel wie möglich von Entscheidung abzugewinnen und sie zur Analogie auszunützen. Erst wenn auf diese Weise nicht weiter zu kommen ist, darf auf die völkerrechtlichen Folgerungen als subsidiäres innerstaatliches Recht zurückgegriffen werden. Will man gute Analogieschlüsse machen, so würde zunächst erfordert sein, dafs die vorhandenen Kollisionsnormen auf ihre inneren Daseinsgründe hin untersucht würden: das heifst, es müfste ermittelt werden, warum bei gerade dieser Rechtsfrage gerade diese und keine andere staatliche Beziehung das anwendbare Recht bestimmt. Diese Art Rechtsfrage — diese Art staatlicher Beziehung: der Zusammenhang zwischen beiden ist das Problem. Es würde dann weiter auf die Lösung der schönen Aufgabe ankommen, durch Vergleichung der einzelnen Kollisionsnormen innerhalb dieser Rechtsordnung untereinander festzustellen, ob der Zusammenhang, in den Rechtsfrage und staatliche Beziehung in der einen und in der anderen Norm gesetzt sind, auf durchgehenden Principien beruht, ob z. B. sich ein Princip entdecken läfst, warum bei diesen Rechtsfragen Staatsangehörigkeit, bei jenen Wohnsitz entscheidet. In der angedeuteten Weise hat jede wirklich wissenschaftliche Darstellung eines einzelnen innerstaatlichen International-Privatrechts vorzugehen; die methodischen Gesichtspunkte, welche leiten sollen, sind überall die gleichen. Das Ergebnis wird freilich vielfach ein negatives sein: die positiven Kollisionsnormen sind in nicht geringem Mafs blofs Produkte einer Zufallsgesetzgebung; aber auch dieser Nachweis ist bereits für die Jurisprudenz von praktischem Wert: er zeigt dann eben die Unmöglichkeit von Analogieschlüssen auf.

VI. Die Anwendbarkeit der Rechtsordnung insbesondere.

Bei der Beurteilung der soeben geschilderten Rechtsfrage soll eine bestimmte Rechtsordnung angewendet werden — das ist die Rechtsfolge, welche die Kollisionsnorm anordnet.

1. Eine bestimmte Rechtsordnung soll anwendbar sein. Was anwendbar sein heifst, bedarf hier keiner Erläuterung mehr. Der Form nach geschieht die Anordnung der Anwendbarkeit in sehr verschiedener Weise. Das deutsche EG. z. B. gebraucht entweder

die allgemeinen Wendungen: nach diesen oder jenen Gesetzen „wird beurteilt“ [8], „bestimmt sich“ [9], diese oder jene Gesetze „finden Anwendung“ [10], „sind mafsgebend“ [11]; oder es sagt unmittelbarer, diese oder jene rein rechtliche Thatsache sei vorhanden (z. B. die Geschäftsfähigkeit) oder erfolge (z. B. die Beerbung) „nach diesen oder jenen Gesetzen“ [12]. Ja anstatt der blofsen Nennung der fremden Rechtsordnung überhaupt oder ihrer einzelnen in Betracht zu ziehenden materiellrechtlichen Bestimmung kann diese materiellrechtliche Bestimmung auch ihrem Inhalt nach wiederholt oder angeführt werden [13]. Der Charakter und Sinn der Anwendungsnorm wird indes durch alle diese Ausdrucksverschiedenheiten nicht berührt.

2. Das was anwendbar sein soll, ist eine Rechtsordnung. Für den konkreten Fall ist es natürlich immer diese oder jene ganz bestimmte konkrete Rechtsordnung, die gemäfs der Kollisionsnorm anwendbar sein soll. Sieht man aber die abstrakten Kollisionsnormen an, so treten bedeutsame Unterschiede zwischen ihnen in Bezug auf die für anwendbar erklärten Rechtsordnungen entgegen.

a. Der Hauptunterschied ist der, ob die abstrakte Kollisionsnorm sich auf die Anwendbarkeit einer oder mehrerer oder aller Rechtsordnungen bezieht, ein sachlicher, überaus wich-

[8] Art. 7 Abs. 1, 13 Abs. 1. 2, 14 Abs. 1, 15 Abs. 1, 18, 19, 20, 21, 24 Abs. 3, 29.

[9] Art. 11 Abs. 1, 13 Abs. 3, 22 Abs. 1, s. auch Art. 9 Abs. 2.

[10] Art. 14 Abs. 2, 17 Abs. 3, 27; besondere Bestimmungen „finden Anwendung“: Art. 9 Abs. 2, 10 Satz 2, 16. „Die Anwendung ist ausgeschlossen“ Art. 30.

[11] Art. 11 Abs. 1, 15 Abs. 2, 17 Abs. 1, 25, 27, 28, 29. — S. ferner auch die Wendung es „genügt die Beobachtung dieser Gesetze“ in Art. 11 Abs 1, und „die Erben können sich auf diese Gesetze berufen“ in Art 24 Abs. 2.

[12] Im einzelnen: 1) Die Entmündigung erfolgt nach den deutschen Gesetzen Art. 8, ebenso die Todeserklärung Art. 9 Abs. 1.2.3, die Beerbung Art. 24 Abs. 1, 25 Satz 1; die Scheidung geschieht auf Grund eines ausländischen Gesetzes Art. 17 Abs. 4. 2) Jemand gilt insoweit als geschäftsfähig, als er es nach diesem Recht sein würde, Art. 7 Abs. 3; ähnlich für die Scheidung Art. 17 Abs. 2; 3) oder: er ist es nach diesem Recht, auch wenn er es nach jenem nicht ist, s. Art. 7 Abs. 2, Art. 24 Abs. 3, ähnlich Art. 15 Abs. 2. 4) Die „Legitimation ist unwirksam, wenn die nach den deutschen Gesetzen erforderliche Einwilligung nicht erfolgt ist“, Art. 22 Abs. 2, ähnlich Art. 23 Abs. 1. 5) „Ein einem fremden Staat angehörender und nach dessen Gesetzen rechtsfähiger Verein“ Art. 10, ähnlich Art. 26 „die nach den dortigen Gesetzen berechtigten Erben“, ferner Art. 27.

[13] Darüber s. unten S. 253.

tiger Unterschied des Umfangs der Norm, den ein Unterschied in ihrer Fassung jedesmal sofort kenntlich macht. Näher gesagt: entweder bezieht sich die Kollisionsnorm mit der von ihr angeordneten Anwendbarkeit nur auf eine einzige, individuell bestimmte Rechtsordnung und ist darum selbst eine individuelle Kollisionsnorm zu nennen. Diese einzelne Rechtsordnung mufs dann mit Namen bezeichnet sein. Sehr häufig sind insbesondere Kollisionsnormen, welche nur die eigne Rechtsordnung betreffen[14] — womit hier wie im folgenden immer die materiellen Rechtssätze derjenigen Rechtsordnung gemeint sind, welcher die Kollisionsnorm angehört, vom Standpunkt des entscheidenden Richters aus ist das die lex fori —; die deutsche Kollisionsnorm sagt z. B., dies und das werde nach deutschen Gesetzen beurteilt. Auch auf eine einzelne fremde Rechtsordnung kann sich die Kollisionsnorm beziehen; vielfach finden sich in Staatsverträgen Bestimmungen, durch welche die Anwendbarkeit der beiden Rechtsordnungen der vertragschliefsenden Staaten für eine gewisse Frage geregelt wird; diese Bestimmungen bilden, sobald sie innerstaatliches Recht werden, Kollisionsnormen des einzelnen Staats und beziehen sich als solche auf das eigne und das fremde Recht, z. B. Art. 8 Abs. 2 des Vertrags zwischen Deutschland und San Salvador vom 13. Juni 1870: „Die Ehe eines Salvadoreners soll in Deutschland und die Ehe eines Deutschen soll in Salvador für giltig angesehen werden, wenn diese Ehe geschlossen ist gemäfs den Gesetzen seines Heimatlandes“, d. h. gemäfs dem deutschen bezw. salvadorener Recht. — Oder die Kollisionsnorm bezieht sich auf eine unbestimmte Anzahl von Rechtsordnungen, auf alle überhaupt — sie ist dann unbeschränkt generell —, oder wenigstens, auch dies kommt nicht selten vor[15], auf alle fremden (auf alle mit Ausnahme der eignen), sie ist beschränkt generell. Die Rechtsordnung, die im einzelnen Fall anwendbar sein soll, mufs dann, da eine Namensnennung der einzelnen Rechtsordnungen natürlich nicht möglich ist, durch ein Artmerkmal bezeichnet werden, welches in jedem Einzelfall nur auf eine Rechtsordnung zutreffen kann: diejenige Rechtsordnung soll anwendbar sein, welche im gegebenen Fall Personalstatut, Sachstatut u. s. w. ist. Die Regelung durch unbeschränkt generelle Kollisionsnormen ist in jeder Hinsicht die voll-

[14] Niemeyer, Vortrag S. 9 g. spricht hier von ‘einseitigen Kollisionsnormen’ im Gegensatz gegen die ‘vollkommenen’.

[15] S. z. B. D. EG. Art. 15 Abs. 2 Satz 1, Art. 25 Satz 1.

kommenste, die denkbar ist; die subsidiären völkerrechtlichen Anwendungsnormen sind sämtlich, die positiven Kollisionsnormen wenigstens zum Teil von dieser Art. — Dieser Unterschied, dafs die anwendbare Rechtsordnung bald individuell, bald generell bestimmt ist, bedingt übrigens zugleich auch einen Unterschied in der Art, wie die mafsgebende 'staatliche Beziehung' im Thatbestand der Anwendungsnorm bestimmt ist; auch sie kann individuell oder generell bestimmt sein. Bei der Besprechung der 'staatlichen Beziehung' wird darum auf die Unterscheidung jener beiden Arten von Anwendungsnormen noch einmal zurückgekommen werden müssen (s. unten S. 222).

b. Noch ein zweiter Unterschied verdient hier Hervorhebung. Die Bezeichnung der mafsgebenden Rechtsordnung kann, mag sie nun individuell oder generell lauten, unmittelbar durch die Kollisionsnorm erfolgen — das ist die Regel; sie kann aber auch mittelbar geschehen, indem bestimmt wird: es soll diejenige Rechtsordnung anwendbar sein, welche in der Kollisionsnorm eines bestimmten anderen Rechts für anwendbar erklärt ist. Das ist, wie gesagt, ein Unterschied in der Art der Bezeichnung der mafsgebenden Rechtsordnung; zugleich wird damit aber, wenn wir die Anwendbarkeit einer konkreten einzelnen Rechtsordnung ins Auge fassen, immer auch eine weitere Voraussetzung für ihre Anwendbarkeit gemacht: ihre Anwendbarkeit hängt davon ab, dafs sie in jener fremden Kollisionsnorm für anwendbar erklärt ist. Darum wird auch auf diese Art von Kollisionsnormen noch unter anderem Gesichtspunkt zurückgekommen werden (s. unten S. 238 ff.).

3. Anwendbar sein soll im konkreten Fall e i n e bestimmte Rechtsordnung. Ist das 'eine' im strengen Sinn als Zahlwort zu nehmen? Folgende wichtige Unterschiede der wirklichen Kollisionsnormen sind hier beobachtbar.

a. In den weitaus meisten Fällen ist die Anwendbarkeit einer bestimmten (dem Namen nach genannten oder durch ein Merkmal bezeichneten) Rechtsordnung, der eignen oder einer fremden, e x k l u s i v angeordnet: nur diese eine Rechtsordnung soll angewendet werden. Diesen Sinn hat eine Kollisionsnorm im Zweifel; die subsidiär geltenden völkerrechtlich abgegrenzten Anwendungsnormen haben alle diesen Sinn.

b. Es können aber auch zwei Rechtsordnungen k u m u l a t i v für mafsgebend erklärt sein: beide sollen zugleich Anwendung finden.

α. Meist kommt diese Kumulation nur bei Rechtsfragen vor, die den Thatbestand betreffen: eine bestimmte Art von Rechtswirkung soll als vorhanden nur angenommen werden, wenn der Thatbestand, aus dem sie hergeleitet wird, oder ein einzelnes Thatbestandsmoment sowohl nach dem einen wie nach dem anderen Recht beurteilt zur Herbeiführung der Wirkung geeignet ist. Die Kumulation bezieht sich dann gern auf die Anwendbarkeit des eigenen Rechts neben einem der Art nach bestimmten fremden. Z. B. Schweizer Bundesgesetz vom 24. Christmonat 1878 Art. 54: „Eine im Ausland unter der dort geltenden Gesetzgebung abgeschlossene Ehe wird nur dann als ungiltig erklärt, wenn die dagegen erhobene Nichtigkeitsklage sowohl nach der Gesetzgebung, unter welcher die Ehe abgeschlossen wurde, als nach dem gegenwärtigen Gesetze begründet ist“ [16]. Hier ist die Anwendbarkeit des Schweizer Rechts kumulativ zu der principgemäfsen des fremden Rechts hinzubestimmt. Es können auch zwei der Art nach bestimmte fremde Rechte kumulativ für anwendbar erklärt werden; z. B. setzt der Vertrag von Montevideo von 1889 in Art. 13 für die Scheidungsgründe als mafsgebend das Gesetz des Ehedomizils und das Gesetz des Orts, an welchem die Ehe eingegangen wurde [17]. Das deutsche EG. Art. 17 kumuliert sogar die eigne und zwei fremde der Art nach bestimmte Rechtsordnungen. Es sagt nämlich: Abs. 1 „Für die Scheidung der Ehe sind die Gesetze des Staates mafsgebend, dem der Ehemann zur Zeit der Erhebung der Klage angehört“, Abs. 2 „Eine Thatsache, die sich ereignet hat, während der Mann einem anderen Staate angehörte, kann als Scheidungsgrund nur geltend gemacht werden, wenn die Thatsache auch nach den Gesetzen dieses Staates ein Scheidungsgrund oder Trennungsgrund ist“, Abs. 4 „Auf Scheidung . . . kann auf Grund eines ausländischen Gesetzes im Inlande nur erkannt werden, wenn sowohl nach dem ausländischen Gesetze als nach den deutschen Gesetzen die Scheidung zulässig sein würde.“ Hiernach ist für den Richter in einem in Deutschland von Ausländern geführten Eheprozefs bei der Beurteilung des Scheidungsgrundes mafsgebend erstens das jetzige Heimatrecht des

[16] Neumann Nr. 390; ebenso z. B. die Bestimmungen Nr. 389 (Chile), Nr. 392 (Kongostaat), Nr. 397 (Ungarn, Ehegesetz § 115 Abs. 1). Vgl. ferner D. EG. Art. 10: ein ausländischer Verein gewisser Art mufs, um in Deutschland rechtsfähig zu sein, nach seinem Heimatrecht rechtsfähig und zugleich noch durch Beschlufs des Bundesrats in Deutschland als rechtsfähig anerkannt sein; auch Art. 22 Abs. 2 enthält eine derartige Kumulation.

[17] Neumann Nr. 391.

Ehemanns, zweitens das frühere Heimatrecht, drittens das deutsche Recht.

β. Die Kumulation der beiden Rechtsordnungen kann sich aber zugleich auch auf Art und Mafs der Rechtswirkung beziehen: die Rechtswirkung tritt auch nur soweit ein, wie die beiden Rechtsordnungen sie gleichmäfsig anordnen. Dahin gehört der Artikel 21 des deutschen Einführungsgesetzes: „Die Unterhaltspflicht des Vaters gegenüber dem unehelichen Kinde . . . wird nach den Gesetzen des Staates beurteilt, dem die Mutter zur Zeit der Geburt des Kindes angehört; es können jedoch nicht weitergehende Ansprüche geltend gemacht werden, als nach den deutschen Gesetzen begründet sind“ [18]. Die Unterhaltspflicht kann also, auch wenn der für ihre Entstehung erforderte Thatbestand zweifellos vorliegt, doch nur in der Höhe entstehen, in der sie sowohl nach der einen wie nach der anderen Gesetzgebung begründet ist.

c. Häufiger werden zwei Rechtsordnungen alternativ für mafsgebend erklärt. Gewöhnlich ist auch hier die eine der beiden Rechtsordnungen die eigne, die andere eine der Art nach bestimmte fremde, es soll also mafsgebend sein in dieser Frage die eigne oder das Personalstatut, die eigne oder die lex loci actus u. s. w.; seltner werden zwei der Art nach bestimmte Rechtsordnungen in Alternativität gestellt.

α. Die Rechtsfrage, für welche die Alternativbeurteilung vorgeschrieben wird, ist wiederum meist eine Frage des Thatbestands: eine gewisse Rechtswirkung soll eintreten, wenn der ganze Thatbestand oder ein einzelnes Thatbestandsmoment entweder derart vorliegt, wie ihn diese, oder so, wie ihn jene Rechtsordnung erfordert. Der ganze Thatbestand: so sagt [19] das Gesetzbuch von Chile § 119 Absatz 1: „Die Ehe, die in einem fremden Lande konform den Gesetzen dieses Landes oder den chilenischen Gesetzen abgeschlossen ist, soll in Chile dieselben bürgerlichrechtlichen Wirkungen haben, als wenn sie auf chilenischem Boden geschlossen wäre.“ Ein einzelnes Thatbestandsmoment: so soll nach einer Reihe von Gesetzgebungen die Geschäftsfähigkeit bei einem im Inland errichteten Geschäft beurteilt werden nach dem inländischen Recht (das hier zugleich Recht des Errich-

[18] Ähnlich Art. 12: nur ist hier die Regel, dafs das fremde Recht anzuwenden sei, nicht ausgesprochen sondern vorausgesetzt.

[19] Neumann Nr. 332. Anders übrigens für die Chilenen selbst, s. ebenda Abs. 2 des cit. § 119.

tungsorts ist) oder dem Personalstatut der Person[20]. Besonders häufig wird ferner für die Form eines Rechtsgeschäfts eine alternative Beurteilung bestimmt; auf der einen Seite steht immer das Recht des Errichtungsorts, also ein der Art nach bestimmtes Recht, auf der anderen Seite bald das inländische Recht, sei es schlechthin (Montenegro, Kanton Zürich[21]), sei es sofern das Geschäft im Inlande Vollziehung erhalten soll (Kanton Freiburg, Mexiko[22]), bald ebenfalls ein der Art nach bestimmtes Recht, sei es das Recht des Orts, wo das Geschäft „in Wirksamkeit treten soll" (Kanton Bern, Ostseeprovinzen, Sachsen[23]), sei es das Recht, welches „für das den Gegenstand des Rechtsgeschäfts bildende Rechtsverhältnis mafsgebend" ist (Deutsches Einführungsgesetz Artikel 11), sei es das Heimatrecht der Partei oder der Parteien (Kongostaat, Japan, Italien[24]); das Preufsische Allgemeine Landrecht I 5 §§ 113, 114 und das Argentinische Recht[25] lassen bei einem schriftlichen Vertrag unter Abwesenden die Form nach dem Ort, wo die eine oder die andere Erklärung abgegeben ist, beurteilt werden.

Welches der mehreren alternativ für mafsgebend erklärten Gesetze soll der Richter in diesen Fällen anwenden? Die Antwort ist einfach, da blofs das Ja oder Nein der Rechtswirkung in Frage steht, die Rechtswirkung also, wenn sie überhaupt bejaht wird, jedesmal die gleiche sein würde. Die Alternativität bedeutet im Zweifel immer: die Wirkung ist als eingetreten zu betrachten, wenn sie nur nach einer der beiden Rechtsordnungen beurteilt eingetreten ist, so dafs also von einer Wahl nicht weiter die Rede ist. Man kann das auch dahin ausdrücken: in solchen Fällen geht das günstigere Gesetz vor. Diese Wendung findet sich auch wirklich in den Kollisionsnormen sehr häufig[26]. Ist das, was der-

[20] So D. EG. Art. 7 Abs. 3 (weiter gehen für einzelne Fälle Art. 7 Abs. 2 und Art. 24 Abs. 3 Satz 1 Halbsatz 2); ferner Preufs. ALR. Einl. § 35; ferner Japan und Montenegro bei Neumann Nr. 141, 142; ferner das Schweizer Bundesgesetz vom 22. Brachmonat 1881 § 10 Abs. 3 (Neumann Nr. 152) und die Gesetzgebungen der Kantone Schaffhausen, Tessin und Zug (Niemeyer Nr. 203, 208, 213) sowie der Berner Entwurf (Neumann Nr. 144).

[21] Neumann Nr. 241, 242.

[22] Neumann Nr. 232, 234.

[23] Neumann Nr. 231, 233, 235.

[24] Neumann Nr. 237, 239, 240.

[25] Neumann Nr. 252, 253.

[26] S. z. B. Preufs. ALR. Einl. § 26, 27, 35 und I 5 § 113; ferner die Rechtssätze bei Neumann Nr. 141 (Japan), Nr. 142 (Montenegro), Nr. 252 (Argentinien), Nr. 261 (Luzern), Nr. 262 (Österreich).

artig alternativ nach dem einen oder dem anderen Gesetz zu beurteilen ist, eine Thatsache, welche die Parteien beim Rechtsgeschäft so oder so herzustellen die Macht haben, wie es z. B. bei der Form des Rechtsgeschäfts der Fall ist, so liegt es thatsächlich in dem Willen der Parteien, mittelbar auch die Anwendung dieses oder jenes Rechts herbeizuführen. Darum kann man in solchen Fällen mit Rücksicht auf gerade eines der beiden anwendbaren Gesetze auch sagen, die Beobachtung der von ihm aufgestellten Erfordernisse sei für die Parteien nicht obligatorisch (sei es exklusiv, sei es kumulativ), sondern blofs fakultativ; und dem entspricht es dann, wenn die Kollisionsnorm nicht lautet, das Rechtsgeschäft sei giltig, falls es in dieser oder jener Form errichtet sei, sondern wenn sie sagt, die Parteien könnten sich den Gesetzen dieses oder jenes Orts „unterwerfen“ [27] oder die Gesetze dieses oder jenes Orts „beobachten“ [28]. In Wahrheit mufs aber auch hier immer das günstigere Recht angewendet werden: wenn die Parteien wirklich ein giltiges Geschäft gewollt haben, so kommt nichts darauf an, welches Recht sie für anwendbar gehalten haben, sofern das Geschäft nur in einer der beiden Formen thatsächlich errichtet ist.

β. Solche Alternativbestimmungen kommen aber auch in Bezug zugleich auf Art und Mafs der Rechtswirkung vor; die Rechtswirkung soll nach dem einen oder dem anderen Gesetz beurteilt werden. So ist nach dem Recht Österreichs und des Kantons Luzern [29] ein einseitig verpflichtendes Rechtsgeschäft, das im Inland vorgenommen ist, entweder nach dem Heimatrecht des Schuldners oder dem inländischen Recht (das hier zugleich Recht des Errichtungsorts ist) zu beurteilen, was doch nicht blofs auf die Giltigkeit des Geschäfts, sondern auch auf Mafs und Art der entstehenden Verpflichtung zu beziehen ist. Ebenso enthält das Deutsche Einführungsgesetz mehrere hierher gehörige Alternativbestimmungen; so [30] bestimmt Artikel 25, für die Beerbung eines im Inland wohnenden Ausländers sei dessen Heimatrecht mafsgebend, „ein Deutscher

27 So Cod. civ. von Costa Rica Art. 8: sujetarse á las leyes costarricenses ó á las del país u. s. w. bei Niemeyer Nr. 111.

28 So auch das deutsche EG. Art. 11; siehe ferner Sächs. GB. § 9, ferner Liv-Esth-Kurländisches Privatrecht Art. XXXVI und Berner Entwurf Art. 6 (Neumann Nr. 235, 233, 231), sowie Cod. civ. von Venezuela Art. 9: podrán seguir las disposiciones de las leyes venezolanas (bei Niemeyer Nr. 147).

29 Neumann Nr. 262, 261.

30 S. ferner Art. 16 Abs. 2 und Art. 24 Abs. 2.

kann jedoch erbrechtliche Ansprüche auch dann geltend machen, wenn sie nur nach den deutschen Gesetzen begründet sind".

In allen solchen Fällen nun, wo nicht blofs das Ja oder Nein einer Rechtswirkung, sondern das So oder Anders von der Anwendung des einen oder des anderen der beiden alternativ mafsgebenden Gesetze abhängt, tritt wiederum die Frage auf: welches Gesetz soll der Richter wirklich anwenden? Möglich, dafs beide Rechtswirkungen sich nur wie ein Mehr oder Minder zu einander verhalten oder dafs sie doch nebeneinander bestehen können: dann ist im Zweifel anzunehmen, dafs sie beide eingetreten sind, dafs also der Berechtigte die eine oder andere Wirkung geltend machen kann, wie er will. Wird in einem solchen Falle hingegen der Gegenpartei, die durch die Rechtswirkung belastet ist, die Wahl gegeben, so kommt die Bestimmung im Erfolg einer kumulativen Anwendbarkeit zweier Gesetze sehr nahe: so steht es mit Artikel 24 Absatz 2 des Deutschen Einführungsgesetzes. Ein im Ausland wohnender Deutscher wird nach den deutschen Gesetzen beerbt, aber die Erben „können sich in Ansehung der Haftung für die Nachlafsverbindlichkeiten auch auf die an dem Wohnsitze des Erblassers geltenden Gesetze berufen". Unter Umständen kann aber die Wahl des mafsgebenden Rechts auch noch in anderer Weise getroffen werden müssen; so macht Artikel 16 des Deutschen Einführungsgesetzes die Anwendbarkeit des einen oder anderen Rechts davon abhängig, welche Vorschriften „Dritten günstiger sind". Irgend ein derartiges die Wahl bestimmendes Merkmal mufs notwendig dann gegeben werden, wenn die beiden Rechtswirkungen, die das eine oder das andere Gesetz anordnet, miteinander unverträglich sind, da doch eine willkürliche Wahl des Richters nicht gestattet sein kann: ein Beispiel bietet wiederum der soeben angeführte Artikel 16 des Deutschen Einführungsgesetzes für einige der unter ihn gehörigen Fälle.

VII. Die staatliche Beziehung insbesondere.

Die Anwendbarkeit einer Rechtsordnung bei einer gewissen Rechtsfrage ist, wie oben gesagt wurde, an das Dasein einer bestimmten 'staatlichen Beziehung' geknüpft: in ihr mufs der Grund für jene Anwendbarkeitsfolge gesucht werden. Diese 'staatliche Beziehung' bildet das eigenartigste Element der Anwendungsnormen: die 'Rechtsfrage' ist durch das materielle Recht selbst gegeben, die Rechtsfolge mufs immer die Anwendbarkeit einer der wenigen vorhandenen Rechtsordnungen sein und läfst keine weiteren Varia-

tionen zu, die staatliche Beziehung aber, die erforderlich sein soll, um eine Rechtsordnung anwendbar zu machen, kann in mannigfaltigster Weise gestaltet sein. Sie ist darum auch für die Untersuchung das wichtigste Element.

1. Die Beschaffenheit der Beziehung.

a. Ihrem Inhalt nach kann die staatliche Beziehung, die erfordert ist, sehr verschieden sein. In den subsidiären Anwendungsnormen, die wir früher entwickelt haben, ist sie immer nur die Beziehung einer Person zu einem Staat kraft Staatsangehörigkeit, Wohnsitz oder Aufenthalt, ferner die Beziehung einer Sache zu einem Staat kraft ihrer Lage in seinem Gebiet und die Beziehung einer konkreten Handlung zu einem Staat kraft ihrer Vornahme in dem Gebiet dieses Staats. In den positiven Kollisionsnormen aber kommen auch noch einige andere Beziehungen vor, so die Beziehung eines Vertrags zu dem Staat, in dessen Gebiet sein Erfüllungsort liegt, die Beziehung eines beliebigen Ereignisses zu dem Staat, auf dessen Gebiet es eingetreten ist (s. z. B. Deutscher Entwurf II § 2244) u. a.[31].

b. Die erforderte Beziehung mufs sein die Beziehung von einer bestimmten Person, Sache, Handlung. Die Kollisionsnorm mufs bestimmen, welches die Person, Sache, Handlung ist, für die die Beziehung verwirklicht sein mufs. Natürlich sind diese Person, Sache, Handlung immer solche, die auch Momente des materiellrechtlich wichtigen Thatbestands bilden. Übrigens gehen die Kollisionsnormen gerade bei der Frage, welche bei dem Fall beteiligte Person es ist, deren Personalstatut entscheiden soll, vielfach auseinander. Beispielsweise läfst das Sächsische Gesetzbuch § 13 die Eingehung der Ehe nach dem Personalstatut

[31] Das deutsche EG. erfordert folgende Beziehungen: 1) Staatsangehörigkeit: Art. 7 Abs. 1.2.3, 9 Abs. 1.3, 12, 13 Abs. 1.2, 14, 15, 17, 18, 19, 20, 21, 22, 23 Abs. 1, 24 Abs. 1 und 3, 25. Für juristische Personen: Art. 10. — 2) Wohnsitz: Art. 8, 9 Abs. 3, 15, 16, 24 Abs. 2; ferner Art. 29. — 3) Aufenthalt: Art. 8, 29; ist in Art. 9 Abs. 3 („dahin zurückgekehrt") Wohnsitz oder Aufenthalt gemeint? Auch in Art. 23 ist wohl mindestens Aufenthalt in Deutschland erfordert. — 4) Frühere Todeserklärung oder Entmündigung im Inland: Art. 13 Abs. 2, Art. 23. — 5) Ort der Vornahme der Handlung: Art. 7 Abs. 3, 11, 12, 13 Abs. 3. — 6) Ort, wo das Vermögensstück sich befindet: Art. 7 Abs. 3 Satz 2, Art. 9 Abs. 2, Art. 27. — 7) S. ferner Art. 26. — 8) Verweisung auf andere deutsche Anwendungsnormen Art. 11 Abs. 1; s. auch Art. 9 Abs. 2.

des Ehemanns beurteilen, während andere Rechte (so auch das Deutsche Einführungsgesetz Artikel 13) das Heimatrecht jedes der Verlobten entscheidend sein lassen.

c. Die erforderte Beziehung mufs sein Beziehung zu einem bestimmten Staat. Dieser Staat kann ein einzelner mit Namen bezeichneter sein. Z. B. Einführungsgesetz Artikel 15 „wenn der Ehemann zur Zeit der Eheschliefsung ein Deutscher war“, Artikel 13 Absatz 3 „eine Ehe, die im Inlande geschlossen wird“, oder in dem oben S. 214 angeführten Staatsvertrag „die Ehe eines Salvadoreners“. Dafs die erforderte ‘staatliche Beziehung’ mit Recht als ein Thatbestandsmoment für die Anwendbarkeit einer gewissen Rechtsordnung aufgefafst wurde, ergiebt sich gerade bei derartigen Bestimmungen recht deutlich. Die staatliche Beziehung kann aber auch blofs generell bezeichnet sein; ja überall, wo die Kollisionsnorm nicht blofs die Anwendbarkeit einer einzelnen Rechtsordnung betrifft, sondern sich auf alle oder wenigstens alle fremden Rechtsordnungen bezieht, mufs auch mindestens eine staatliche Beziehung generell bezeichnet sein. Diese Beziehung erscheint dann als Merkmal für die konkrete Rechtsordnung, die anwendbar sein soll, z. B. Einführungsgesetz Artikel 17 „für die Scheidung der Ehe sind die Gesetze des Staates mafsgebend, dem der Ehemann zur Zeit der Erhebung der Klage angehört“, sie bleibt aber nichtsdestoweniger sachlich genommen auch hier zugleich ein Thatbestandsmoment für die Anwendbarkeit der Rechtsordnung. Man sieht das am besten, wenn man sich die Frage für die konkrete Rechtsordnung stellt: welcher Thatbestand mufs vorliegen (d. h. welche Voraussetzungen müssen erfüllt sein), damit bei dieser Frage, z. B. der Scheidung, diese konkrete Rechtsordnung, etwa die französische, anwendbar sei? Dann wird unzweifelhaft geantwortet werden müssen: zum Thatbestand gehört auch und es ist also Voraussetzung, dafs der Ehemann Franzose ist. Jene generellen Normen lassen sich eben in verschiedene individuelle Normen auflösen, an verschiedene Thatbestände sind verschiedene Rechtsfolgen geknüpft: wenn der Ehemann ein Deutscher ist, ist das deutsche, wenn er ein Franzose ist, das französische Recht anzuwenden u. s. w., diese verschiedenen Rechtssätze sind nur grammatisch in einen Satz zusammengefafst; das ist möglich, weil die Verschiedenheit der Rechtsfolgen der Verschiedenheit der Thatbestände vollkommen parallel geht, es ist nötig, weil die Thatbestände nicht alle einzeln übersehbar sind[32].

[32] Vgl. hierzu oben S. 214 fg. und unten S. 229.

d. Die erforderte Beziehung mufs in einem bestimmten Zeitpunkt vorhanden sein. In den subsidiären Anwendungsnormen ist das, wie wir wissen, regelmäfsig der Augenblick, in dem die behauptete Rechtswirkung eingetreten sein soll; in den positiven Kollisionsnormen wird der mafsgebende Zeitpunkt sehr verschiedenartig bestimmt, häufig ist er auch garnicht genannt: dann mufs er erst durch weitere Gedankenreihen erschlossen werden. Insbesondere für das Deutsche Einführungsgesetz ist diese Aufgabe nicht immer leicht und zweifellos zu erledigen.

2. Einfache und mehrfache Beziehung.

Als entscheidend für die Anwendbarkeit einer Rechtsordnung kann

a. das Vorhandensein einer einzigen Beziehung gesetzt sein. Das ist das Gewöhnliche. Möglicherweise ist dann für den Fall, dafs diese Beziehung überhaupt zu keinem Staat vorhanden sein sollte, noch eine andere Beziehung stellvertretend als entscheidend genannt: die Einzigkeit der entscheidenden Beziehung ist auch bei derartiger Subsidiarität gewahrt. So läfst das Einführungsgesetz stellvertretend für die Staatsangehörigkeit, wenn eine solche nie vorhanden war, den Wohnsitz, für den Wohnsitz, falls überhaupt keiner existiert, den Aufenthalt eintreten[33].

b. Möglich ist es auch, dafs von zwei Beziehungen jede für sich die Anwendbarkeit einer gewissen Rechtsordnung begründen soll: eine Rechtsfolge bei alternativem Thatbestand. Der Sache nach liegen dann immer zwei Rechtssätze vor, die nur grammatisch in einen Satz zusammengefafst sein mögen. Und zwar ist zu untersuchen, ob etwa diese zwei Beziehungen als gleichberechtigt nebeneinander gestellt sind — dasselbe Recht wäre dann aus zwei verschiedenen Gesichtspunkten für anwendbar erklärt —, oder ob die Anwendbarkeit principiell nur durch diesen einen Gesichtspunkt gerechtfertigt werden, ausnahmsweise aber auch jener

[33] Für den ersten Fall Art. 29, für den zweiten Art. 29 und 8. Die subsidiäre Beziehung kann sich von der principalen auch nicht durch die Art sondern nur durch das Beziehungssubjekt unterscheiden (Art. 19: Reichsangehörigkeit des Vaters, und falls der Vater gestorben ist, der Mutter) oder nur durch den für die Beziehung mafsgebenden Augenblick (Art. 29: jetzige — letzte Staatsangehörigkeit, Art. 13: jetzige Reichsangehörigkeit des Vaters, oder falls er schon tot ist, letzte Reichsangehörigkeit). — Keine subsidiären sondern in Wahrheit alternative Beziehungen sind in Art. 14 Abs. 2, 17 Abs. 3, 19 Satz 2 und 20 Satz 2 erfordert.

dies Recht anwendbar machen soll. Die Feststellung der Bedeutung des Satzes in dieser Richtung ist für seine Auslegung und Übertragung auf andere Fälle von grofser Bedeutung[34].

c. Drittens kommen auch Kollisionsnormen vor, in denen mehrere Beziehungen kumulativ erfordert werden, damit eine gewisse Rechtsordnung anwendbar sei. Das ist namentlich dann der Fall, wenn es sich um die ausnahmsweise gewollte Anwendbarkeit einer, den sonstigen Principien nach nicht anwendbaren Rechtsordnung handelt: zwei Beziehungen werden hier oft zusammen erfordert, damit die Durchbrechung des Princips gerechtfertigt sei[35].

3. Rechtfertigende und falleinschränkende Beziehung.

Gerade bei diesen kumulativen Beziehungen bedarf es aber besonders vorsichtiger Feststellung. Sehr häufig finden sich nämlich in den Kollisionsnormen Beziehungen angegeben, die doch nicht als Thatbestandsmomente für die Anwendbarkeit dieser bestimmten Rechtsordnung aufgefafst werden dürfen: für die juristische Verwertung der Kollisionsnorm ist das natürlich von gröfstem Einflufs. Das unterscheidende Merkmal ist folgendes. Wenn die genannte staatliche Beziehung wirklich Thatbestandsmoment ist, so mufs sie einen Rechtfertigungsgrund für die Anwendbarkeit gerade dieser Rechtsordnung abgeben: knüpft der Gesetzgeber die Anwendbarkeit dieser Rechtsordnung bei dieser Rechtsfrage an das Dasein dieser staatlichen Beziehung, so mufs in dieser staatlichen Beziehung etwas liegen, was ihn zu der Anknüpfung gerade dieser

[34] Auch der Satzform nach alternative Beziehungen zeigt EG. Art. 15 Abs. 2: Reichsangehörigkeit oder Wohnsitz in Deutschland begründen die Anwendbarkeit des im Halbsatz 2 genannten deutschen Grundsatzes; eine Alternative des mafsgebenden Zeitpunkts Art. 9 Abs. 3 „Deutsche oder bis zu ihrer Verheiratung Deutsche gewesen". Der Sache nach bewirken eine Alternative auch die Doppelregeln wie z. B. Art. 13 Abs. 1 Satz 1 und 2 (Staatsangehörigkeit oder Ort der Errichtung des Rechtsgeschäfts) und die Regeln mit Ausnahmen wie z. B. Art. 7 Abs. 1 mit Abs. 3 oder mit Abs. 2 (Beurteilung der Geschäftsfähigkeit nach deutschem Recht, weil dieses Personalstatut, Abs. 1, oder Recht des Errichtungsorts, Abs. 3, ist; Beurteilung nach fremdem Recht, weil dieses Personalstatut ist, Abs. 1, oder war, Abs. 2), ferner Art. 13 Abs. 1 mit Abs. 2 oder mit Abs. 3.

[35] Z. B. EG. Art. 9 Abs. 3: letzter Wohnsitz des verschollenen ausländischen Ehemanns in Deutschland, und Wohnsitz der Ehefrau in Deutschland sowie jetzige oder frühere Reichsangehörigkeit.

Rechtsfolge veranlafst. Daraus ergiebt sich sofort: die rechtfertigende staatliche Beziehung mufs eine Beziehung zu dem Staat sein, dessen Rechtsordnung angewendet werden soll; niemals aber kann eine Beziehung zu dem einen Staat die Anwendbarkeit der Rechtsordnung eines anderen Staats rechtfertigen. Dem gegenüber werden nun thatsächlich in dem Thatbestand der positiven Kollisionsnormen sehr häufig auch Beziehungen zu einem anderen Staat, als dem, dessen Recht angewendet werden soll, genannt. Diese Erscheinung bedarf der Erklärung.

a. In gewissen Fällen erklärt sich die Nennung der Doppelbeziehung zum Ausland und zum Inland dadurch, dafs sowohl das ausländische wie das inländische Recht beide, sei es kumulativ[36], sei es alternativ[37], anwendbar sein sollen, mag auch ausdrücklich nur von der Anwendbarkeit des einen von beiden die Rede sein. Die Beziehung zum Inland soll hier rechtfertigen, dafs das inländische, die Beziehung zum Ausland, dafs kumulativ oder alternativ daneben das ausländische Recht anwendbar ist.

b. In sehr zahlreichen Fällen ist von den beiden genannten Beziehungen in Wahrheit nur die eine als rechtfertigend gemeint; das Dasein der anderen Beziehung ist keineswegs verlangt, sondern im Gegenteil: sie ist nur angeführt, um zu zeigen, dafs sie gleichgiltig ist, trotz ihrer soll die erstere entscheiden. Die Kollisionsnorm ist dann dahin zu verstehen: jene Beziehung soll für die Anwendbarkeit dieses Rechts entscheiden, auch wenn[38] oder obwohl daneben noch diese andere Beziehung vorhanden ist. Der Fall liegt dann entweder so, dafs ein ausdrücklich ausgesprochener oder stillschweigend vorausgesetzter Grundsatz vorhanden ist, der diese andere Beziehung für rechtfertigend erklärt; der neue Satz giebt nun eine Ausnahme hiervon: obwohl jene Beziehung vorliegt, jener Grundsatz also Platz greifen sollte, hat das doch nicht statt. Darum wird jene Beziehung hier noch mit erwähnt[39]. Oder es wird nur eine falsche Ansicht abgewehrt: gerade da wo auch diese andere Beziehung vorliegt, könnte die entscheidende Kraft der

[36] Solcher Fall im EG. Art. 22 Abs. 2; auch in Art. 12: hier ist stillschweigend Kumulation zwischen dem deutschen und einem nicht näher bestimmten fremden Recht gemeint, und darum ist nur von einer im Ausland begangenen Handlung die Rede.

[37] So im EG. Art. 7 Abs. 2 und 3, Art. 24 Abs. 2 und 3, Art. 16.

[38] So hie und da auch ausdrücklich, s. z. B. EG. Art. 24 Abs. 1, 14 Abs. 2, 23.

[39] Z. B. EG. Art. 13 Abs. 1 Satz 2 und Abs. 2 (Erweiterungen zu Abs. 1 Satz 1); ferner Art. 17 Abs. 3, Art. 19 Satz 2 und 20 Satz 2.

ersten Beziehung leicht übersehen werden, was eben verhütet werden soll[40]. In allen diesen Fällen ist selbstverständlich diese andere Beziehung überhaupt nicht Thatbestandsmoment; die Anwendbarkeit der bestimmten Rechtsordnung ist von ihrem Dasein unabhängig.

c. Es giebt aber auch Fälle, in denen diese Erklärung nicht zutrifft. Als Beispiel diene Art. 13 Abs. 1 des EG.: „Die Eingehung der Ehe wird, sofern auch nur einer der Verlobten ein Deutscher ist, in Ansehung eines jeden der Verlobten nach den Gesetzen des Staates beurteilt, dem er angehört. Das Gleiche gilt für Ausländer, die im Inland eine Ehe eingehen“. Oder Art. 25 Abs. 1: „Ein Ausländer, der zur Zeit seines Todes seinen Wohnsitz im Inland hatte, wird nach den Gesetzen des Staates beerbt, dem er zur Zeit seines Todes angehörte.“ Das ist sofort klar: wahrhaft rechtfertigendes Thatbestandsmoment für die Anwendbarkeit ausländischen Rechts kann hier die Beziehung des Ausländers zu Deutschland nicht sein. Die Eingehung der Ehe im Inland und der Wohnsitz des Erblassers im Inland können keinen Grund für die Anwendung des ausländischen Personalstatuts abgeben; noch weniger kann das Deutschsein des einen Eheschliefsenden es rechtfertigen, dafs die Ehe in Ansehung des anderen ausländischen Ehegatten nach ausländischem Recht beurteilt wird. Ebenso steht es in Art. 15 Abs. 2. Abs. 1 bestimmt Beurteilung des ehelichen Güterrechts nach deutschem Recht, wenn der Ehemann zur Zeit der Eheschliefsung ein Deutscher war, und Abs. 2 setzt hinzu: „Erwirbt der Ehemann nach der Eingehung der Ehe die Reichsangehörigkeit oder haben ausländische Ehegatten ihren Wohnsitz im Inlande, so sind für das eheliche Güterrecht die Gesetze des Staates mafsgebend, dem der Mann zur Zeit der Eingehung der Ehe angehörte.“ Aber wiederum kann der nachträgliche Erwerb der Reichsangehörigkeit oder der Wohnsitz in Deutschland kein Rechtfertigungsgrund für die Anwendbarkeit des ausländischen Rechts sein. Vielmehr will offenbar die Kollisionsnorm, indem sie dieses thatsächliche Moment setzt, etwas anderes: dieses thatsächliche Moment soll den Kreis von Beziehungsfällen bezeichnen, für den allein der Gesetzgeber seine internationalrechtliche Entscheidung in dieser Rechtsfrage geben will, wobei wir unter Beziehungsfällen Fälle verstehen, die sich, gleichgiltig welche Rechtsfrage sie betreffen, lediglich durch die Art der staatlichen Beziehung, die vorhanden ist, charakterisieren. Alle anderen

[40] So z. B. deutlich EG. Art. 24 Abs. 1.

Fälle läſst der Gesetzgeber auſser Betracht; nicht etwa will er stillschweigend die Geltung des gleichen Princips auch für die anderen Fälle verneinen, er läſst diese Frage vielmehr völlig offen. Jede derartige Kollisionsnorm, die neben einer „rechtfertigenden“ noch eine derartige „falleinschränkende“ Beziehung aufweist, zeigt sich schon durch ihre äuſsere Erscheinung als den geordneten Beziehungen nach unvollständig: sie wählt nur einen Kreis von Beziehungsfällen aus, für den sie Antwort erteilen will. Es handelt sich dann um die Ergänzung der unvollständigen Norm: wie ist für die nicht mitumfaſsten Fälle zu entscheiden? darf man die gleiche Rechtsfolge auch auf sie übertragen? Die Antwort ist vielfach nicht ganz leicht. Der einfachen Übertragung auf diese anderen Fälle wird man mit der Frage begegnen: wenn in diesen anderen Fällen der gleiche Rechtssatz gelten soll, warum hat der Gesetzgeber ihn dann nicht auch allgemein ausgesprochen sondern so geflissentlich beschränkt? Diese Gegenfrage darf man nicht unbeachtet lassen. Es sind wohl folgende Möglichkeiten zu unterscheiden.

Vielleicht liegt in der Fallbeschränkung lediglich eine Art von Bescheidenheit der eignen Gesetzgebung: man will nur diese, zu dem Inland in näherer thatsächlicher Beziehung stehenden Fälle ordnen, hingegen nicht diejenigen, an denen unser Staat materiell nur ein entfernteres Interesse haben kann. In welcher Form und mit welchen Hintergründen immer dieser Gedanke maſsgebend sein sollte: er beruht jedenfalls auf einem Fehler. Die Berücksichtigung des Interessenkreises fremder Staaten kann dahin führen, daſs unser Staat deren Recht, das ausländische Recht, anzuwenden befiehlt, das hat einen Sinn; keinen Sinn aber hat es, wenn er aus Rücksicht auf die fremden Staaten seinen Richtern überhaupt keine Kollisionsnorm für gewisse Fälle geben will, während er ihnen doch die Aufgabe, diese Fälle zu entscheiden, wenn sie vorkommen, nicht ersparen kann. Geht die Fallbeschränkung der Kollisionsnorm aus solchen Gründen hervor, so bildet sie jedenfalls keinen Gegengrund gegen die Übertragung des gleichen Princips auf andere Fälle.

Vielfach sind es aber auch sachliche Gründe, welche eine Beschränkung der Kollisionsnorm auf jenen engeren Kreis von Fällen ratsam machen. Zwei solche Gründe scheinen mir denkbar. Einmal mag die Abgrenzung des Fallgebiets deshalb wertvoll sein, weil zwar die Regel auch in anderen Fällen gelten mag, nur in diesen Fällen aber noch gewisse dazu gehörige Sondersätze gelten sollen. So läſst sich EG. Art. 25 erklären: Satz 1 dort stellt das

Princip, dafs das Personalstatut Erbstatut sei, nur für im Inland wohnende, nicht für alle Ausländer auf, weil nur für die im Inland wohnenden die in Satz 2 genannte Sonderbestimmung gemeint ist[41]. Auch bei diesem Sachverhalt darf, wie man sieht, aus der Thatsache, dafs die Regel nur beschränkt lautet, kein argumentum e contrario hergenommen werden.

Der Grund kann auch ein anderer sein: möglicherweise gilt zwar das Princip an sich auch in den anderen, nicht mitbegriffenen Fällen, aber der Gesetzgeber fürchtet, dafs es in diesen anderen Fällen vielleicht nicht rein zur Durchführung kommen könne, weil hier andere Momente beeinflussend dazwischen kommen. Insbesondere könnte einen solchen Einflufs der Inhalt der fremden Kollisionsnormen haben: man will z. B. offen lassen, dafs die im Ausland eingegangene Ehe zweier Ausländer auch von unserem Richter nach dem materiellen Recht beurteilt werde, auf welches die Kollisionsnormen des ausländischen Personalstatuts verweisen, und darum giebt man selbst keine Kollisionsnorm für jene Fälle[42]. Ob solche Gegeneinflüsse wirklich vorhanden sein können, soll hier nicht untersucht werden. Jedenfalls steht auch bei einer solchen Sachlage der Übertragung des Princips als solchen nichts im Wege. Und so kommen wir für alle Fälle zu dem gleichen einfachen Ergebnis: da wir in der Beziehung zu dem Staat, dessen Recht anwendbar sein soll, die Rechtfertigung der Anwendbarkeit dieses Rechts sehen, die daneben genannte Beziehung zu einem anderen Staat aber diese Bedeutung nicht hat, so dürfen wir ohne weiteres diese falleinschränkende Beziehung aus der Kollisionsnorm streichen; ob sie vorliegt oder nicht, kann für die Anwendbarkeit der in der Kollisionsnorm genannten Rechtsfolge nichts ausmachen. Es handelt sich hierbei wie man sieht um Übertragung des Princips von den Fällen, für die allein es gegeben war, auf andere, auf die es ebenso zutrifft; dabei bleibt es gleichgiltig, ob man diese Operation dahin charakterisiert, der Thatbestand der Regel werde durch Ausmerzung gewisser Momente so erweitert, dafs er auch jene andern Fälle mitumfasse, oder dahin, durch Beseitigung blofs

[41] Ebenso läfst sich die zu enge Fassung des Princips in Art. 15 Abs. 2 Halbsatz 1 dadurch erklären, dafs nur für diese Fälle die Sonderbestimmung in Halbs. 2 gemeint ist. — Durch die Sonderbestimmung des Art. 27 wird die enge Fassung der Art. 13, 15 und 17 nicht genügend erklärt.

[42] Erklärt sich so vielleicht die Bestimmung des Art. 17 Abs. 1? Zu dieser Vermutung giebt einen leisen Anhalt die Vergleichung mit Entwurf II § 2245 Abs. 1.

scheinbarer Thatbestandsmomente werde. der wahre Umfang, den der Thatbestand in der Regel habe, ans Licht gestellt. Demnach wären denn insbesondere die drei angeführten Bestimmungen des Einführungsgesetzes über ihren Wortlaut hinaus zu dem Sinn zu erweitern, den die entsprechenden Bestimmungen des Entwurfs II hatten[43].

4. Sonstige Unvollständigkeit in den geordneten Beziehungsfällen.

Nicht nur bei den soeben besprochenen Kollisionsnormen, die neben einer rechtfertigenden noch eine falleinschränkende Beziehung aufweisen, tritt die Frage der Ergänzung auf. Unvollständig in den geordneten Beziehungsfällen und darum ergänzungsbedürftig sind ferner auch alle Kollisionsnormen, die ihre Rechtsfolge nicht unbeschränkt generell gestaltet haben, also nicht die Anwendbarkeit aller möglichen Rechtsordnungen in dieser Frage behandeln, sondern die nur etwas über die Anwendbarkeit der eignen Rechtsordnung[44] bestimmen — vorausgesetzt allerdings, dafs sie nicht für die eigne Rechtsordnung ohne Rücksicht auf das So- oder Anderssein staatlicher Beziehungen schlechthin durchgängige Anwendbarkeit in Anspruch nehmen: eine solche beziehungslose Norm wäre allerdings vollständig, aber von ihr sprechen wir hier nicht. Die notwendige Ergänzung darf auch in den soeben bezeichneten Fällen der Unvollständigkeit nicht sofort durch die subsidiären völkerrechtlichen Normen geschehen; auch hier mufs zunächst die Analogie der vorhandenen Kollisionsnorm ausgenützt werden. Um diese Ergänzung indes richtig vornehmen zu können, mufs zuvor Art und Grund der Unvollständigkeit bei der individuellen Anwendungsnorm ermittelt werden. Folgender Unterschied ist hier von entscheidender Wichtigkeit.

Der Sinn der Norm, welche etwas über die Anwendbarkeit der eignen Rechtsordnung in einer gewissen Rechtsfrage bestimmt, kann der sein: in diesem bestimmten Kreis von Beziehungsfällen soll diese Rechtsordnung (das eigne Recht) jedenfalls angewendet

[43] Für die Eheeingehung § 2245 Abs. 1 Satz 1, für das eheliche Güterrecht § 2250 Abs. 1 Satz 1, für das Erbrecht § 2261 Abs. 1.

[44] Die gleiche Frage tritt auch auf, wenn die Anwendungsnorm nur etwas über die Anwendbarkeit einer einzelnen oder aller fremden Rechtsordnungen bestimmt, s. oben S. 214: der Vereinfachung halber lassen wir derartige Anwendungsnormen aufser Betracht, das im Text Gesagte ist auf sie analog zu übertragen.

werden, eben dieser Beziehung halber; ob sie auch noch in anderen nicht erwähnten Beziehungsfällen auf Grund einer anderen Beziehung anwendbar sein könne, wird offen gelassen. Der Grund, warum das Gesetz eine derartig unvollständige Norm schafft, wird zumeist der sein, dafs gerade die geordneten Beziehungsfälle in einem näheren (örtlichen oder persönlichen) Zusammenhang mit dem eignen Staat stehen, während die anderen ihm minder wichtig erscheinen und darum der freien Entscheidung des Richters überlassen werden können.

Oder der Sinn der individuellen Anwendungsnorm ist dieser: die eigne Rechtsordnung soll in den genannten Beziehungsfällen, aber auch nur in ihnen (das „wenn" des Thatbestands bedeutet dann ein „nur wenn") anwendbar sein, nicht über sie hinaus. Welche Rechtsordnung in den nicht erwähnten Beziehungsfällen anzuwenden ist, bleibt offen, nur das ist sicher, dafs es die eigne Rechtsordnung nicht ist. Der Grund der Unvollständigkeit ist hier ein anderer, als in den zuvor besprochenen Fällen. Der Gesetzgeber nimmt seinen Ausgangspunkt hier nicht von besonders wichtigen Beziehungsfällen und bestimmt für sie die anwendbare Rechtsordnung, sondern er legt sich die internationalrechtliche Frage von der Seite der Wirkung her vor. Er sieht, dafs die Rechtsfolge in der Internationalrechtsnorm immer in der Anwendbarkeit einer Rechtsfolge besteht; er kann sich seine gesetzgeberische Aufgabe von dieser Seite her ganz weit stellen — dann versucht er für die einzelne Rechtsfrage eine Herrschaftsabgrenzung aller Rechtsordnungen im Verhältnis zu einander zu geben, anstatt dessen kann er sich aber auch darauf beschränken — und das geschieht unendlich oft —, lediglich den Anwendungsbereich der eignen Rechtsordnung gegenüber den fremden abzugrenzen: welche der fremden Rechtsordnungen in diesen anderen Fällen mafsgebend sein soll, will er dann nicht entscheiden. Ins grofse gerechnet ergiebt es geradezu einen Systemunterschied der einzelnen Gesetzgebungen, ob sie sich diese engere oder jene weitere Aufgabe stellen; man vergleiche z. B. den deutschen Entwurf II — er strebte vollständige Regelung an[45] — mit der Reichstagsvorlage und dem Einführungsgesetz — in sehr weitem Mafse ist hier nur der Herrschaftskreis der deutschen Gesetze abgegrenzt[46]. — Es versteht sich von selbst, dafs jede

[45] Das zeigte schon die (übrigens zu enge) Überschrift des sechsten Buchs: „Anwendung ausländischer Gesetze".

[46] Bestimmungen völlig allgemeinen Charakters sind nur übrig geblieben in Art. 7 für die Geschäftsfähigkeit, Art. 11 für die Rechtsgeschäftsform,

Anwendungsnorm, die eine Herrschaftsabgrenzung nur für die eigne Rechtsordnung giebt, notwendig zugleich auch in Bezug auf den geordneten Thatbestand (die Beziehungsfälle für diese Rechtsfrage) unvollständig sein mufs. Das Gesetz hat eben thatsächlich nur diejenigen Fälle geordnet, in welchen die eigne Rechtsordnung anwendbar sein soll; nach diesem Gesichtspunkt der gemeinsamen Rechtsfolge sind die zu entscheidenden Fälle begrenzt. Lautet z. B. die Kollisionsnorm (EG. Art. 14): „Die persönlichen Rechtsbeziehungen deutscher Ehegatten zu einander werden nach den deutschen Gesetzen beurteilt", so ist diese Kollisionsnorm ihren Beziehungsfällen nach unvollständig: es sind eben nur die Fälle geordnet, in denen gerade das deutsche Recht anwendbar sein soll, das sind die Fälle, in denen die Ehegatten Deutsche sind; für alle Fälle, wo diese Beziehung nicht zutrifft, ist nichts entschieden.

Ob nun eine einzelne individuelle Kollisionsnorm ihrem Sinne nach zu der einen oder der anderen der beiden soeben dargestellten Arten unvollständiger Anwendungsnormen zu rechnen ist, darüber läfst sich natürlich nichts allgemeines sagen — es ist eben eine Auslegungsfrage; für ihre Beantwortung sind die Umstände des besonderen Falls in Betracht zu ziehen. Selten wird die Antwort zweifelhaft bleiben. Beispielsweise erhellt die Absicht unseres deutschen Einführungsgesetzes, eine wirkliche Herrschaftsabgrenzung für das deutsche Recht zu geben, ganz deutlich aus dem Zusammenhalt seiner einzelnen Bestimmungen. Die Erledigung dieser Auslegungsfrage ist nun von allergröfstem Wert, denn sie ist vorentscheidend für die Ergänzung der unvollständigen Kollisionsnormen. Ist das Ergebnis der Auslegung dies, dafs nur einige besonders wichtige Fälle zur gesetzgeberischen Behandlung herausgegriffen sind, so kann die Anwendungsnorm aus sich selbst heraus nicht mit Sicherheit ergänzt werden. Da die Möglichkeit freigelassen ist, dafs das eigne Recht auch noch in anderen Fällen, auf Grund einer anderen Beziehung anwendbar sein könne, so darf man nicht sofort einen Analogieschlufs von der Anwendbarkeit der eignen Rechtsordnung, wie sie in der Kollisionsnorm ausgesprochen ist, auf die

Art. 17 für die Scheidung und Art. 21 für die Unterhaltspflicht u. s. w. des Vaters gegenüber dem unehelichen Kinde und dessen Mutter. Dazu kommen dann noch die drei oben S. 226 besprochenen Normen über Eheeingehung, eheliches Güterrecht und Erbrecht (Art. 13, 15, 24 mit 25). Auch Art. 10 und 23 sind als vollständig zu betrachten. Alle anderen sind es, wenigstens ihrem unmittelbaren Inhalt nach, nicht. Vgl. hierzu Niemeyer, Vortrag S. 14 fg.

der fremden Rechtsordnungen machen, sondern mufs zuvor den Herrschaftsbereich der eignen Rechtsordnung vollständig feststellen. Erst wenn das geschehen ist, kann man dazu übergehen, die Anwendbarkeit der fremden Rechtsordnungen zu bestimmen: diese weitere Ergänzung geschieht dann in ganz derselben Weise wie bei den sofort näher zu besprechenden Kollisionsnormen der zweiten Art, die von vornherein eine vollständige Herrschaftsabgrenzung für die eigne Rechtsordnung geben wollen. Man hat demnach zuerst zuzusehen, auf Grund welcher anderen rechtfertigenden Beziehung die eigne Rechtsordnung wohl ebenfalls anwendbar sein könne: man sucht für dieselbe Rechtsfolge (die Anwendbarkeit des eignen Rechts) nach einem zweiten Thatbestand. Es handelt sich also in Wahrheit nicht darum, den vorhandenen Kollisionsrechtssatz selbst zu ergänzen, sondern neben ihn alternativ noch einen zweiten zu stellen, der nur in der Rechtswirkung mit dem ersten übereinstimmt, aber ein ganz anderes Princip zur Verwirklichung bringt. Diese zweite Kollisionsnorm läfst sich natürlich nicht aus der ersten erschliefsen, vielmehr ist es höchstens möglich, dafs andere Kollisionsnormen desselben Gesetzes zur Auffindung dieses zweiten Princips auf dem Wege der Analogie verhelfen, in ähnlicher Weise, wie das vorher für die Ergänzung in der Richtung der Rechtsfragen besprochen wurde.

Ergiebt die Auslegung hingegen, dafs der gesamte Kreis der Anwendbarkeit des eignen Rechts hat bestimmt werden sollen, dafs die Norm also eine wirkliche Herrschaftsabgrenzung für das eigne Recht enthalte, so wissen wir nicht nur positiv, wie weit dieses bestimmte, insbesondere das eigne Recht anwendbar sein soll, sondern wir wissen weiter auch: in allen anderen Fällen findet irgend eine fremde Rechtsordnung Anwendung, und es fragt sich nur noch, welche? Die Lücke kann dann ergänzt werden nicht wie bei den Kollisionsnormen mit Fallbeschränkung durch eine Erweiterung des Thatbestandes bei gleich bleibender Rechtsfolge, auch nicht wie bei den Kollisionsnormen, die keine Herrschaftsabgrenzung geben wollen, durch Auffindung eines zweiten Thatbestandes neben dem ersten für dieselbe Rechtsfolge, sondern durch wahrhafte Analogie: bei analogem Thatbestand soll nicht die gleiche, sondern eine analoge Rechtswirkung eintreten. Hierzu ist es aber nötig, den Charakter aller einzelnen gegebenen Rechtssätze, welche die Anwendbarkeit nur der eignen Rechtsordnung behandeln, nach der Richtung hin festzustellen, ob sie Principien oder Ausnahmesätze sind. Wir trennen behufs dieser Feststellung jene Kollisionsnormen danach, ob

sie Zusätze zu generellen Kollisionsnormen oder selbständige Rechtssätze sind.

a. Normen über die Anwendbarkeit nur der eignen Rechtsordnung finden sich häufig als Zusätze zu völlig generellen Normen. Betrachtet man zuerst die generelle Norm — die z. B. lautet, in dieser Rechtsfrage sei das Personalstatut dieser oder jener Person mafsgebend — für sich allein, so sieht man sofort, dafs sie den Anwendungsbereich für jede Rechtsordnung durchaus auf dem Fufse der Gleichheit absteckt. Denn das die Anwendbarkeit rechtfertigende Beziehungsmoment ist für alle Rechtsordnungen ein und dasselbe: dieselbe Art staatlicher Beziehung, welche als Beziehung zum eignen Staat das begründende Moment für die Anwendbarkeit des eignen Rechts bildet, macht überall da, wo sie zu einem fremden Staat vorliegt, dessen Recht, also das fremde Recht anwendbar[47]).

Einem solchen generell abgrenzenden Satz wird nun wie gesagt häufig noch ein besonderer hinzugefügt, welcher der eignen Rechtsordnung noch einen weiteren Anwendungsbereich giebt, sie also noch aus einem zweiten Gesichtspunkt, der sich mit dem ersten kreuzt, für anwendbar erklärt: oder anders ausgedrückt, es wird eine zweite Art staatlicher Beziehung genannt, welche neben der in der generellen Regel genannten das eigne Recht ebenfalls anwendbar machen soll. Ein Beispiel bietet das EG. Art. 7 für die Frage nach der Geschäftsfähigkeit[48]. Principiell entscheidet die Beziehung der Angehörigkeit zum Staat — so Abs. 1; Abs. 3 setzt dann hinzu: die Anwendbarkeit des deutschen Rechts wird in gewissem Umfang auch durch die Beziehung begründet, dafs das Rechtsgeschäft in Deutschland vorgenommen ist, obwohl hier ein fremdes Recht

[47] Belege bietet der Entwurf II z. B. in § 2241 und 2242. Einziges Beispiel einer vollständigen Regelung auf dem Fufs der Gleichheit im Einführungsgesetz ist Art. 11 (Form), und auch dieser Artikel nur scheinbar, da er in Satz 1 auf die sonstigen deutschen Kollisionsnormen verweist, die eben keine Gleichberechtigung verwirklichen.

[48] Ferner 1) Art. 17 Abs. 1 und 3: mafsgebend ist das Recht, dessen Staat der Ehemann angehörig ist; unter Umständen ist das deutsche Recht mafsgebend, auch wenn nicht der Ehemann, sondern die Frau reichsangehörig ist. Auch Abs. 4 enthält eine Erweiterung zu Gunsten des eignen Rechts. — 2) Art. 21 (Unterhaltspflicht des Vaters): Regel in Halbsatz 1, Erweiterung in Halbsatz 2. — 3) Weitere Beispiele bieten die früher S. 226 besprochenen Artikel 13, 15 und 25, obwohl das Princip hier nur mit einer Falleinschränkung aufgestellt ist. Art. 13 Abs. 2 und 3 geben Erweiterungen zu Abs. 1; ebenso verhalten sich Art. 15 Abs. 2 Halbs. 2 und Art. 16 zu Art. 15 Abs. 2 Halbs. 1; ebenso endlich Art. 25 Satz 2 zu Satz 1.

Personalstatut sein kann. Es kann in solchen Fällen niemals zweifelhaft sein, dafs von den beiden genannten Beziehungen die in dem generellen Satz genannte die principiell rechtfertigende sein soll, während auf Grund der anderen nur eine Erweiterung des Anwendungsbereichs gerade der eignen Rechtsordnung ausnahmsweise erfolgt. Diese Feststellung ist aber hochbedeutsam. Denn der Ausnahmesatz darf niemals analog auf die fremden Rechte übertragen werden — die Übertragung würde für das obige Beispiel bedeuten, dafs die Geschäftsfähigkeit eines Deutschen bei einem im Ausland geschlossenen Geschäft unter den gedachten Umständen nicht, wie es die generelle Regel erfordert, nach deutschem, sondern nach ausländischem Recht zu beurteilen wäre —; er mufs vielmehr auf die eigne Rechtsordnung beschränkt bleiben: es würde sonst die generelle Regel eine Einschränkung zu Ungunsten des eignen Rechts erhalten, und dem widerspricht die bedingungslose Fassung der generellen Regel[49]. Hier haben wir also das Ergebnis, dafs die fremden Rechtsordnungen mit der eignen nicht auf dem Fufs der Gleichheit behandelt sind: die eigne Rechtsordnung ist auf Grund einer Beziehung für anwendbar erklärt, welche, wenn sie zu einem fremden Staat vorliegt, dessen Rechtsordnung nicht anwendbar macht, der Anwendungsbereich der eignen Rechtsordnung ist mithin verhältnismäfsig gröfser als der der fremden. Wiederholt sich in den Kollisionsnormen eines Staats eine derartige Bevorzugung der Anwendbarkeit des eignen Rechts bei verschiedenen materiellen Rechtsfragen, so wird es Aufgabe der Bearbeitung dieses einzelnen Internationalrechts sein, zu ermitteln, ob diese Bevorzugungen unter sich vielleicht wieder auf einen einheitlichen Grund zurückführbar sind und auf welchen: diese Ermittlung kann dann Wert bei der internationalrechtlichen Entscheidung solcher Fragen haben, für welche Kollisionsnormen überhaupt mangeln.

Umgekehrt kommt es auch vor, dafs von der Anwendbarkeit des eignen Rechts, welche dem zunächst ausgesprochenen Princip gemäfs ist, Ausnahmen zu Gunsten der Anwendbarkeit fremden Rechts gemacht werden. So fügt z. B. EG. Art. 7 dem in Abs. 1 aufgestellten Princip, dafs für die Geschäftsfähigkeit das Personalstatut mafsgebend sei, in Abs. 2 die Einschränkung hinzu, dafs ein nach ausländischem Recht Volljähriger bei Erwerb der Reichsangehörigkeit volljährig bleibe, in dieser Beziehung also, soweit das

[49] S. die Bemerkung von Kahn in den Jahrbüchern für die Dogmatik 30 S. 29.

zu Gunsten der Volljährigkeit ist, das fremde Recht Anwendbarkeit behalte. Die Frage braucht hier nicht erörtert zu werden, ob eine derartige Bestimmung wirklich eine Kollisionsnorm zu Gunsten eignen Rechts und nicht vielmehr ein materieller Privatrechtssatz ist[50]; jedenfalls ist man zu dem Analogieschlufs, dafs in gleicher Weise auch die Anwendbarkeit des fremden Rechts, obwohl sie dem Princip entspreche, zu Gunsten des eignen Rechts eingeschränkt werden müsse, nicht berechtigt. Denn der Einschränkungssatz charakterisiert sich deutlich als ein ius singulare zu Gunsten gewisser Fälle, die nähere Beziehung zum eignen Staat (zu Deutschland) haben. Wenn also ein 21jähriger Deutscher die Staatsangehörigkeit in einem Lande erwirbt, dessen Recht die Volljährigkeit erst in einem späteren Termin eintreten läfst, so würde der deutsche Richter ihn gemäfs Abs. 1 des Art. 7 als minderjährig und nicht in analoger Ausdehnung des Abs. 2 als volljährig anzusehen haben.

b. Normen über die Anwendbarkeit nur der eignen Rechtsordnung können aber auch als eigne völlig *selbständige Normen* auftreten. Dann ist zu unterscheiden:

α. Ist die Anwendbarkeit der eignen Rechtsordnung in dieser bestimmten Frage nur von dem Dasein einer einzigen Art von staatlicher Beziehung abhängig gemacht, die sich für andere Staaten ebenso finden könnte[51], so ist im Zweifel anzunehmen, dafs die gleiche Beziehung, wenn sie zu einem anderen Staat vorliegt, auch dessen Recht anwendbar macht, sodafs also die sämtlichen Rechtsordnungen auf dem Fufse der Gleichheit behandelt werden. Denn es ist kein Moment ersichtlich, das eine ungleiche Behandlung der verschiedenen Rechte begründen könnte. Dieser Satz ist für unser geltendes Recht folgenschwer; ich verkenne nicht, dafs ihm Bedenken entgegenstehen: er mufs aber doch gewagt werden. Wenn z. B. Art. 18 des deutschen EG. sagt: „die eheliche Abstammung eines Kindes wird nach den deutschen Gesetzen beurteilt, wenn der Ehemann der Mutter zur Zeit der Geburt des Kindes Deutscher ist", so nehmen wir an, dafs sie, wenn der Ehemann nicht Deutscher war, nach dem Recht seines Heimatstaats zu beurteilen ist: das ist der Satz, den der Entwurf II in § 2252 aufgestellt hat. Man kann entgegenhalten: warum ist dann der Entwurf II geändert? die Änderung beweist doch, dafs der Art. 18 eine andere Tragweite haben mufs? Indes die Gründe der Änderung treten in dem

[50] S. unten S. 265 fg.

[51] Einziges Beispiel im EG. ist Art. 18.

Gesetzeswerk selbst nicht hervor: wir haben das fertige Gesetz aus sich selbst zu erklären, und da führt die Analogie zu dem obigen Ergebnis.

β. Ist hingegen das eigne Recht für anwendbar erklärt, wenn entweder diese oder jene Beziehung des Falls zum eignen Staat vorliegt, während im einzelnen Fall beide Beziehungen gleichzeitig vorliegen können, so ist wiederum zu untersuchen, welche der beiden Beziehungen von unserer Kollisionsnorm als die principiell rechtfertigende angesehen wird, dergestalt, dafs die Begründung der Anwendbarkeit unseres Rechts durch die andere Beziehung nur als eine besondere Erweiterung der Herrschaft unseres Rechts anzusehen ist. Jenes Princip übertragen wir dann auch auf die Anwendbarkeit fremder Rechte, was sich aus den soeben (unter *α*) dargelegten Gründen rechtfertigt. Diese Übertragung ist hier von gröfster praktischer Bedeutung: sie macht eine ganze Reihe von Änderungen des Einführungsgesetzes gegenüber dem Entwurf II praktisch wieder belanglos. Hingegen den besonderen erweiternden Satz übertragen wir auf die Anwendbarkeit fremder Rechte nicht: das Princip wird also auf diese nur mit einer Einschränkung, die jener Erweiterung entspricht, übertragen: die Herrschaftsabgrenzung geschieht mithin hier nicht auf dem Fufse der Gleichberechtigung. Die Feststellung, welche der beiden Beziehungen als die principiell rechtfertigende, welche als die nur kraft besonderer Begünstigung mafsgebende anzusehen ist, wird kaum je Schwierigkeiten bereiten; schon die technische Form der Anordnung pflegt keinen Zweifel darüber zu lassen[52]. Beispielsweise sagt unser EG. Art. 22 Abs. 1[53]: „Die Legitimation eines unehelichen Kindes . . . bestimmt sich, wenn der Vater zur Zeit der Legitimation . . . die Reichsangehörigkeit besitzt, nach den deutschen Gesetzen“, und Abs. 2: „Gehört der Vater . . . einem fremden Staate an, während das Kind die Reichsangehörigkeit besitzt, so ist die Legitimation . . . unwirksam, wenn die nach den deutschen Gesetzen erforderliche Einwilligung des Kindes oder eines Dritten . . . nicht erfolgt ist“.

[52] Sollten irgendwann beide Beziehungen als principiell gleichmäfsig rechtfertigend erscheinen, so würden auch die fremden Rechte bei jeder der beiden Beziehungen analog anwendbar sein müssen: wir kämen dann zu einer kumulativen Anwendbarkeit der eignen und der fremden Rechtsordnung (s. S. 215 ff.).

[53] Das EG. enthält noch drei weitere derartige Normen: als Sondersatz zum Princip verhält sich auch Art. 14 Abs. 2 zu Abs. 1, Art. 19 Satz 2 zu Satz 1 und Art. 20 Satz 2 zu Satz 1.

Aus Abs. 1 entnehmen wir als den principiellen Gesichtspunkt dieser Kollisionsnorm, dafs das Personalstatut des Vaters entscheidend sei. Abs. 2 enthält eine Erweiterung des Anwendungsbereichs für das deutsche Recht: dieses soll in gewissen Bestimmungen auch dann angewendet werden, wenn nur das Kind das deutsche Recht zum Personalstatut hat. Jenes Princip des Abs. 1 ist auch auf fremde Rechte zu übertragen: ist der Vater ein Ausländer, so entscheidet das ausländische Recht — diese Übertragung ist in Abs. 1 auch stillschweigend vorausgesetzt. Die erweiternde Bestimmung des Abs. 2 hingegen ist auf die Anwendbarkeit fremder Rechte nicht analog auszudehnen[54]. Ist also der Vater Deutscher, das Kind Ausländer, und das Personalstatut des Kindes fordert die Einwilligung einer Person, während unser Recht sie nicht fordert, so hat der deutsche Richter auch ohne diese Einwilligung die Legitimation doch als giltig zu betrachten; die Bestimmung des fremden Rechts ist also nicht anzuwenden. Denn wollte man sie anwenden, so widerspräche das dem Abs. 1, der schlechthin Beurteilung nur nach deutschem Recht verlangt.

γ. Ebenso steht es, wenn zu dem Satz, der das eigne Recht beim Vorliegen einer bestimmten Beziehung für anwendbar erklärt, eine Ausnahme zu Gunsten der Anwendbarkeit fremder Rechte gemacht wird[55]: wiederum würde jener principielle Satz auch auf die Anwendung fremder Rechte analog zu übertragen sein, diese Einschränkung hingegen aus den S. 235 oben entwickelten Gründen nicht.

VIII. Kollisionsnormen mit besonderen Voraussetzungen.

Schon oben wurde gesagt, dafs die Kollisionsnormen noch eine weitere Voraussetzung für die Anwendbarkeit einer bestimmten Rechtsordnung enthalten können: die Entscheidung, welche Rechtsordnung mafsgebend sein solle, kann abhängig gemacht sein von dem Inhalt, also dem So oder Anders bestimmter fremder Rechtssätze. Drei Erscheinungen solcher Art sind zu beobachten; die bedeutsamste und am meisten besprochene ist die unter dem Stichwort der 'Rück- und Weiterverweisung' bekannte. Die Entscheidung, welche Rechtsordnung angewendet werden soll, ist hier abhängig

[54] Anders Entw. II § 2253 Abs. 1 Satz 2.

[55] Das geschieht im EG. Art. 24: Abs. 2 und 3 sind einschränkende Sondersätze zu dem im Abs. 1 enthaltenen Princip.

von dem Inhalt, den die auf denselben Fall zutreffenden Kollisionsnormen eines fremden Rechts haben.

1. Die Rück- und Weiterverweisungsklauseln.

a. Stillschweigende Rück- und Weiterverweisungsklausel.

Es ist behauptet worden, dafs in gewissem Umfange jede generell lautende Kollisionsnorm ihre Entscheidung, welches Recht mafsgebend sein solle, von dem Inhalt einer fremden Kollisionsnorm abhängig mache, indem sie nämlich die Rückverweisung des zunächst zur Herrschaft berufenen fremden Rechts auf das eigne Recht für beachtlich erkläre. Hierüber herrscht in Litteratur und Rechtsprechung Streit. Von dieser Frage soll hier zuerst die Rede sein: sie giebt am besten Gelegenheit, die allgemeinen Gesichtspunkte zu gewinnen, welche Einsicht in das Wesen dieser Erscheinung überhaupt gewähren.

Der Streit hat angeknüpft an eine besonders charakteristische Gestalt der Frage, an die Frage nach der sogen. 'Rückverweisung' bei der Bestimmung des Personalstatuts[56]. Vor einem badischen Gericht kommt die Beerbung eines in Baden wohnhaften Württembergers zur Sprache. Eine badische Kollisionsnorm ordnet die Beurteilung nach dem Heimatrecht des Erblassers an, in Württemberg aber gilt (die Richtigkeit dieser Behauptung soll hier angenommen werden) das Wohnsitzrecht als entscheidend. Das badische Recht verweist also auf das württembergische, dieses auf jenes zurück. Problem ist nun: welches materielle Recht soll der badische Richter in diesem Fall anwenden? Das Reichsgericht hat geantwortet: badisches, denn die Rückverweisung ist beachtlich; in einem ganz analogen Fall hat es hingegen die Rückverweisung für unbeachtlich erklärt, also für die Anwendbarkeit nicht des badischen, sondern des von

[56] S. v. Bar I S. 279—281, II S. 696, Lehrbuch S. 48 fg. N. 5, dann den vorzüglichen Aufsatz von Kahn in den Jahrbüchern für die Dogmatik 30 S. 7—36 (1891); Niemeyer, Methodik S. 16—18, Vorschläge S. 80—86; Neumann, S. 30—35. Nachweise über Rechtsprechung und Litteratur s. bei Kahn und Niemeyer. — Erst nach Vollendung des gegenwärtigen Abschnitts dieses Buches erschienen noch Niemeyer, Vortrag (s. dort S. 26—31) und ein zweiter Aufsatz von Kahn in den Jahrbüchern für die Dogmatik 36 S. 366 bis 408 „Der Grundsatz der Rückverweisung im D. BGB.“ (1896), der wie der erste gröfsten Dank verdient. Dort findet sich S. 401 ff. eine Übersicht über den gegenwärtigen Stand der Frage in Litteratur und Rechtsprechung; unter Fortlassung eigner minder vollständiger Citate sei hier auf jene Übersicht ausdrücklich zur Ergänzung hingewiesen.

dem badischen benannten fremden Rechts entschieden[57]. Abstrakt formuliert: welches Recht ist anzuwenden, wenn die Kollisionsnorm ein fremdes Recht für mafsgebend erklärt, dieses fremde Recht seinerseits aber die Rechtsordnung angewendet wissen will, der jene Kollisionsnorm angehört? (Man darf diese Rechtsordnung der Kürze halber die lex fori nennen: soll die Kollisionsnorm, von der ausgegangen wird, überhaupt zur Sprache kommen, so mufs sie eben an dem Gerichtsort gelten, also Teil der lex fori sein. Rückverweisung des fremden Rechts auf die 'lex fori' bedeutet natürlich nicht, dafs auf die Rechtsordnung, auf die zurückverwiesen wird, in ihrer und wegen ihrer Eigenschaft gerade als lex fori zurückverwiesen wird, sondern nur, dafs diese Rechtsordnung, auf die irgend eines Grundes halber zurückverwiesen wird, in dem vorgestellten Falle zugleich auch thatsächlich die lex fori ist).

Man überzeugt sich sofort: die Frage ist eine Frage nach dem Inhalt der innerstaatlichen Kollisionsnorm und daher in erster Linie durch Auslegung der einzelnen Kollisionsnorm und nicht aus andersartigen allgemeinen Erwägungen zu lösen[58]. Für gewöhnlich werden aber besondere Auslegungsmomente fehlen, die Kollisionsnorm sagt eben nichts als: das fremde Recht sei mafsgebend, oder sie befiehlt Beurteilung nach diesem fremden Recht: wie ist dann auszulegen? welchen Sinn hat die Kollisionsnorm im Zweifel? ist im Zweifel die Rückverweisung beachtlich oder nicht?

Diese Frage bedarf aber der Erweiterung nach zwei Seiten hin. Einmal zeigt sich unmittelbar, dafs ebenso wie nach der Bedeutung der Rückverweisung auch nach der der Weiterverweisung gefragt werden mufs: wie steht es, wenn das durch die Anwendungsnorm als mafsgebend erklärte Recht nicht auf die lex fori zurück-, sondern auf ein drittes Recht weiterverweist[59]? Und man darf wohl schon auf der Schwelle der Frage dies sagen: wenn man wirklich im Zweifel die Auslegung als berechtigt ansieht, dafs die Rückverweisung beachtlich sein solle, so mufs ebendasselbe auch für die Weiterverweisung gelten. Es läfst sich kein haltbarer Grund erblicken, der beim Fehlen besonderer für gerade diese einzelne Anwendungsnorm ins Gewicht fallender Auslegungsmomente — und nur von diesem Fall ist hier die Rede — eine verschiedene Behand-

[57] Annalen der badischen Gerichte 51 S. 373 ff.; RGEntsch. 24 S. 326 ff.
[58] So mit Recht Niemeyer, Methodik S. 16, und auch schon Kahn a. a. O. Bd. 30 S. 21 Nr. 1.
[59] Kahn a. a. O. S. 24, Niemeyer, Methodik S. 17.

lung jener beiden Thatsachen, also eine verschiedene Auslegung nach der einen und der anderen Richtung hin nötig, ja nur erlaubt erscheinen liefse; auch die für jene Auslegungsregel ins Feld geführten Gründe treffen, in der Hauptsache wenigstens, die eine wie die andere gleichmäfsig. Die Rückverweisung und die Weiterverweisung sind ja beide nur Erscheinungsformen einer und derselben Thatsache, der Thatsache nämlich, dafs das durch die Kollisionsnorm als mafsgebend erklärte Recht seinerseits wieder ein anderes Recht (ein drittes oder das erste) zur Herrschaft beruft. Sodann liegt klar zu Tage, dafs eine solche Rück- und Weiterverweisung nicht allein bei der Bestimmung des Personalstatuts, sondern bei jeder Kollisionsnorm vorkommen kann. Z. B. die lex fori besitzt die Kollisionsnorm, dafs die Testamentsform nach dem Recht des Wohnsitzes zu beurteilen sei, das Recht des Wohnsitzorts verweist auf das Recht des Errichtungsorts: hat der Richter nunmehr ein Testament als giltig anzusehen, das zwar nicht in der am Wohnsitzort, wohl aber in der am Errichtungsort geltenden Form errichtet ist[60]? Oder: zwei Sachsen schliefsen in Leipzig einen Vertrag, Erfüllungsort ist Wien. Das Sächsische Gesetzbuch enthält im § 11 die Kollisionsnorm, dafs das Recht des Erfüllungsorts mafsgebend sei. Das österreichische Recht (das Recht des Erfüllungsorts) verweist aber für ein zwischen Ausländern im Ausland geschlossenes Geschäft auf das Recht des Vertragsabschlufsorts, also in unserem Falle auf das sächsische Recht zurück (Österr. BGB. § 37). Ähnliche Fälle lassen sich für jede beliebige Kollisionsnorm konstruieren, die Auslegungsfrage ist also ganz allgemein zu stellen. Und wiederum läfst sich a limine sagen: es ist kein Grund ersichtlich, warum die bejahende Auslegung, wenn sie überhaupt sachgemäfs ist, auf die von dem Personalstatut handelnden Anwendungsnormen beschränkt werden müfste oder auch nur dürfte, sofern eben — was ja wieder vorausgesetzt wird — besondere für gerade diese einzelne Kollisionsnorm zu berücksichtigende Auslegungsmomente fehlen.

Demnach kann denn auch die folgende Erörterung für die Frage in ihrer vollen Breite einheitlich angestellt werden.

Kein entscheidender Grund gegen die Beachtlichkeit der Rück- und Weiterverweisung ist aus der angeblichen Unbrauchbarkeit des

[60] Dieser Fall bei Kahn a. a. O. S. 19 fg. S. auch Niemeyer, Methodik S. 15—16 „Ein Problem, das nicht ausschliefslich die Handlungsfähigkeit betrifft“.

Resultats herzunehmen. Man sagt, die Zulassung vor allem der Rückverweisung führe zu einer Absurdität. Recht 1 erklärt Recht 2 für mafsgebend, Recht 2 verweist auf Recht 1 zurück. Gebe man nun die Erheblichkeit dieser Rückverweisung zu, so müsse man auch wieder die Rück-Rückverweisung von Recht 1 auf Recht 2 zugeben — und so fort in infinitum: da hier immer ein Gesetz auf das andere verweise, komme eine Bestimmung des anzuwendenden Rechts überhaupt nicht zu stande. Ebenso könne es aber auch bei einer Weiterverweisung gehen. Lasse man die Verweisung von Recht 2 auf Recht 3 zu, so müsse man auch die Weiter-Weiterverweisung von Recht 3 auf Recht 4 zulassen und so fort; und wiederum kann ja allerdings jede Weiterverweisung weiter potenziert zu einer Rückverweisung werden: zu einer Rückverweisung zu der lex fori zurück — Recht 1 verweist auf Recht 2, Recht 2 auf Recht 3, Recht 3 wieder auf Recht 1 zurück, der Cirkel ist hier nur vergröfsert; oder zu einer Rückverweisung zwischen zwei fremden Rechten — Recht 1 verweist auf Recht 2, Recht 2 auf Recht 3, Recht 3 zurück auf Recht 2 und so fort in alle Ewigkeit[61].

Indes jede Auslegung mufs — das ist ein bekannter Grundsatz — so geschehen, dafs ein vernünftiges Resultat herauskommt. Ist also überhaupt einmal angenommen, dafs die Kollisionsnorm die Rückverweisung zulasse, so mufs weiter, weil allein vernünftig, auch als gewollt angenommen werden, dafs eben nur die Rück- und nicht auch die Rück-Rückverweisung beachtlich sein solle[62]. Und analog würde es bei der Weiterverweisung stehen. Diese Auslegung ist ja doch dann zweifellos notwendig, wenn die Kollisionsnorm, was vorkommt, ausdrücklich sagt, dafs die Rück- oder Weiterverweisung zulässig sein solle: wird sie aber bei einer solchen ausdrücklichen Bestimmung zugegeben, so kann sie ebenso da zugegeben werden, wo die Beachtlichkeit der Rück- oder Weiterverweisung selbst nur kraft Auslegung der Kollisionsnorm angenommen wird. Es ist nicht richtig zu sagen: ebenso gut wie man die erste Rück- und Weiterverweisung, obwohl sie nicht ausdrücklich zugelassen ist, doch als beachtlich ansieht, mufs man auch die Rück-Rück- und Weiter-Weiterverweisung, die ebenfalls nicht im Gesetz erwähnt ist, als zulässig ansehen. Denn der Gesetzgeber kann wohl Gründe

[61] Ein Beispiel für diesen Fall bei Kahn a. a. O. S. 24 fg.

[62] Richtig insoweit das RG., Entsch. 20 S. 353; dagegen Kahn a. a. O. S. 23.

haben, die erste Rück- und Weiterverweisung zuzulassen (wie ja wirklich vorkommende Kollisionsnormen dieses Inhalts beweisen); eine Rück- und Weiterverweisung fernerer Potenz aber zuzulassen, dafür kann nicht das leiseste gesetzgeberische Motiv gefunden werden, also ist sie jedenfalls nicht als gewollt anzunehmen.

Der angeführte praktische Grund giebt mithin gegen die bekämpfte Meinung keinen Ausschlag. Unrichtig ist diese Meinung aber doch; folgende Erwägung scheint mir hierfür von Gewicht zu sein.

Gesetzt einmal, die Ansicht wäre richtig, dafs die einfache Kollisionsnorm die Rück- und Weiterverweisung beachtlich sein lassen wolle. Dann wären zwei Auffassungen dieses Gesetzeswillens möglich[63]. Entweder die lex fori sagt mit ihrer Kollisionsnorm: welches Recht mafsgebend ist, soll diese fremde Rechtsordnung bestimmen. Sie löst dann die internationalrechtliche Frage nicht direkt, sondern durch Verweisung auf die internationalrechtlichen Rechtssätze dieser fremden Rechtsordnung, sie macht die Kollisionsnormen des fremden Rechts zu ihren eignen. Die praktische Folge dieser Auffassung wäre: enthält das fremde Recht eine Kollisionsnorm für diesen Fall nicht (was ja überaus häufig der Fall ist), sagt es also weder, dafs es selbst gelten wolle, noch dafs ein bestimmtes anderes Recht gelten solle, so ist nun nicht etwa das fremde materielle Recht mafsgebend, sondern der Richter steht vor einer Lücke in den internationalrechtlichen Bestimmungen der lex fori und hat also das mafsgebende Recht in freier Überlegung zu suchen. Oder die lex fori sagt mit ihrer Kollisionsnorm: dieses fremde Recht ist mafsgebend, aber nur unter der Bedingung, dafs es nicht selbst durch eine eigne Kollisionsnorm ein anderes Recht (sei es die lex fori selbst, sei es ein drittes Recht) als mafsgebend setzt; für diesen Fall ist dieses andere Recht mafsgebend. Hier bezeichnet die Kollisionsnorm zwei Rechte, jedes unter entgegengesetzter Bedingung als mafsgebend. Die praktische Folge mufs sein: wenn das als erstmafsgebend gesetzte Recht keine Kollisionsnorm zu Gunsten eines anderen Rechts enthält, aber auch keine Kollisionsnorm zu eignen Gunsten, sondern das mafsgebende Recht überhaupt nicht bestimmt, so hat der Richter trotzdem jenes erstere Recht anzuwenden, weil die Bedingung, unter der es mafsgebend sein soll, erfüllt ist.

[63] Ich finde sie, wenigstens angedeutet, in den unten im Text citierten Worten der Entsch. des RG. 24 S. 330 Zeile 1—3 von unten und S. 331 Zeile 6—9 von unten.

Nunmehr fragt sich: wenn die Kollisionsnorm der lex fori einfach die Beurteilung nach diesem fremden Recht vorschreibt, ist dann anzunehmen, dafs diese Kollisionsnorm in dem einen oder dem anderen Sinn, wie er oben analysiert wurde, gemeint ist? Das ist in beiderlei Richtung zu verneinen. In der ersten Richtung: man wird im Zweifel immer anzunehmen haben, dafs die Kollisionsnorm, welche ein fremdes Recht für mafsgebend erklärt, damit das fremde materielle Recht meint und nicht die Kollisionsnormen des fremden Rechts. Um mit dem Reichsgericht zu sprechen: die Kollisionsnorm der lex fori bezeichnet nicht das fremde Recht „als dasjenige, nach welchem der bestehende Konflikt zu lösen, das mafsgebende Statut erst zu bestimmen ist, sondern es entscheidet die internationalrechtliche Frage selbst“, und zwar dahin, dafs dieses fremde Recht materiell anzuwenden sei, wie überhaupt immer bei 'Anwendung des Rechts' im Zweifel an die Anwendung nicht von Anwendungsnormen, sondern von materiellen Rechtssätzen gedacht wird. Der Beweis liegt darin, dafs die Kollisionsnorm ja nur an Stelle der aus der völkerrechtlichen Grundlage fliefsenden allgemeinen Norm tritt; so wie diese sich nur auf das materielle Recht beziehen kann, so auch jene. Und in anderer Richtung: wenn die Kollisionsnorm der lex fori das fremde Recht für materiell mafsgebend erklärt, so liegt, um wiederum mit dem Reichsgericht zu reden, „kein genügender Grund zu der Annahme vor, dies sei nur bedingungsweise geschehen, nämlich für den Fall, dafs der fremde Staat der Geltung seines Rechts nicht selbst engere Grenzen anweise“, also auf die lex fori zurück- oder auf ein anderes Recht weiterverweise. Man darf in die unbedingt lautende Bestimmung keine Bedingung hinein interpretieren. Sind hiernach beide Auffassungen im Zweifel zu verwerfen, so bleibt als Auslegungsregel nur die übrig: im Zweifel ist jede Kollisionsnorm dahin zu verstehen, dafs das für mafsgebend erklärte fremde Recht schlechthin materiellrechtlich anzuwenden ist, ohne dafs auf den Inhalt der ihm angehörigen Kollisionsnormen irgend etwas ankäme. Wie da, wo eine subsidiär geltende aus dem Völkerrecht abgeleitete Anwendungsnorm ein fremdes Recht zur Herrschaft beruft, von einer Beachtlichkeit der Rück- oder Weiterverweisung, die sich in diesem fremden Recht findet, als solcher nie die Rede sein kann, so ist sie im Zweifel auch dann ausgeschlossen, wenn eine besondere Kollisionsnorm das fremde Recht für mafsgebend erklärt.

Ausdrücklich ist hier aber zum Schlufs für beide Arten von Anwendungsnormen noch zu bemerken: die Frage der Rück- und

Weiterverweisung ist hiermit noch nicht vollständig gelöst. Es ist noch eine andere Auffassung der in dem fremden Recht sich findenden Rück- oder Weiterverweisungen möglich, der zufolge sie nicht Kollisionsnormen, sondern materiellrechtliche Sätze sind, was dann zu einer anderen Beantwortung der soeben behandelten Frage führen müfste. In dem nächsten Kapitel wird daher noch einmal auf diese Frage zurückzukommen sein (S. 268 ff.).

b. Die ausdrücklichen Rück- und Weiterverweisungsklauseln.

Ist mithin zu leugnen, dafs die Rück- oder Weiterverweisung in den fremden Kollisionsnormen, welche durch die Kollisionsnorm der lex fori als entscheidend benannt sind, im Zweifel erheblich sei, so ist doch sicher, dafs die Kollisionsnormen der lex fori sie für erheblich erklären können. Und das ist in nicht geringem Umfange der Fall. Doch müssen die hierher gehörigen wirklich vorkommenden Anwendungsnormen unter einander genauer unterschieden werden als zu geschehen pflegt. Zwar eine Kollisionsnorm schlechthin des Inhalts, das mafsgebende Recht bestimme sich nach den Kollisionsnormen dieses bestimmten fremden Rechts (oben S. 242), kommt thatsächlich, wennschon sie denkbar ist, nicht vor: es fehlt jedes gesetzgeberische Motiv, eine Kollisionsnorm von derartigem Inhalt zu erlassen. Hingegen sind folgende Erscheinungen wirklich beobachtbar:

1) Unbeschränkte Zulassung der Weiter- und Rückverweisung: dieses fremde Recht soll mafsgebend sein; falls es jedoch auf ein anderes Recht weiter- oder auf die lex fori zurückverweist, dieses Recht, auf das verwiesen wird — ganz die Bestimmung, die oben (S. 242) zu zweit als möglich hingestellt wurde. Eine solche Bestimmung zeigt das Ungarische Ehegesetz vom 18. Dezember 1894 § 108[64]: „Die Giltigkeit der im Auslande geschlossenen Ehe mufs hinsichtlich der Ehemündigkeit und Handlungsfähigkeit jedes der beiden Ehegatten ausschliefslich nach den Gesetzen seines Heimatstaates, in übriger Hinsicht aber nach den Gesetzen der Heimatstaaten beider Teile beurteilt werden, ausgenommen, wenn diese die Anwendung eines anderen Gesetzes verfügen . . ."[65].

[64] Übersetzt bei Neumann Nr. 45 (vgl. dort S. V).

[65] Nach Niemeyer (Positives internationales Privatrecht I § 128, Methodik S. 16, Vorschläge S. 81) sind alle Kollisionsnormen des badischen Landrechts, die auf fremdes Recht verweisen, kraft Usualinterpretation dahin auszulegen, dafs sie unbeschränkt die Weiter- und Rückverweisung für be-

2) Beschränkte Zulassung der Weiterverweisung. Sie kommt in zwei Formen vor:

a) Dies fremde Recht soll mafsgebend sein; falls es jedoch auf ein bestimmtes drittes Recht verweist, jenes dritte Recht. Demnach kommt das erstgenannte Recht zur Anwendung, auch wenn es nicht angewendet sein will, sondern auf ein anderes als jenes bestimmte dritte Recht verweist. So lautete § 2245 Abs. 1 des deutschen Entwurfs II (anders EG. Art. 13): „Die Eingehung der Ehe wird in Ansehung eines jeden der Verlobten nach den Gesetzen des Staates beurteilt, welchem der Verlobte angehört. Gestattet das Recht dieses Staates, dafs der Verlobte die Ehe nach den Gesetzen seines Wohnsitzes oder nach den Gesetzen des Ortes eingeht, an welchem die Ehe geschlossen wird, so genügt für ihn die Beobachtung dieser Gesetze". Und § 2247 Abs. 4 ebenda (anders EG. Art. 17) für die Auflösung der Ehe: „Sind nach dem Rechte des Staates, dessen Gesetze nach diesen Vorschriften Anwendung finden würden, die am Wohnsitze des Mannes geltenden Gesetze anzuwenden, so sind diese Gesetze mafsgebend"[66].

b) Dieses fremde Recht soll mafsgebend sein, falls es die Anwendung eines bestimmten dritten Rechts verbietet; verbietet es sie nicht (also schweigt es darüber oder läfst es sie zu), soll dieses dritte Recht gelten. Während im vorigen Fall das dritte Recht nur anzuwenden ist, falls das erstgenannte Recht auf es verweist, ist es hier auch dann schon mafsgebend, wenn das erstgenannte Recht zwar nicht auf es verweist, aber es auch nicht ausschliefst. So deutlich der deutsche Entwurf II § 2240 (anders EG. Art. 11): „Die Form eines Rechtsgeschäfts bestimmt sich nach den Gesetzen, welche für das den Gegenstand des Rechtsgeschäfts bildende Rechtsverhältnis mafsgebend sind. Es genügt jedoch, sofern nicht diese Gesetze entgegenstehen, die Beobachtung der Gesetze des Ortes, an welchem das Rechtsgeschäft vorgenommen wird". Ebenso ist § 7 des codice civile von Italien (von 1865) zu verstehen[67]: „I beni mobili sono soggetti alla legge della nazione del proprietario, salve le contrarie disposizioni della legge del paese nel quale si trovano". Also das Heimatrecht des Eigentümers

achtlich erklären. Das wäre ein weiteres Beispiel; ob indes hier von einem wahren Gewohnheitsrecht zu reden ist, mufs dahingestellt bleiben.

[66] Ein weiteres Beispiel geben die Beschlüsse der Haager Konferenz bei Neumann Nr. 41 und 42.

[67] Neumann Nr. 43.

kommt zur Anwendung, sofern nicht das Recht des locus rei sitae eine andere Kollisionsnorm enthält.

3) Blofse Zulassung der Rückverweisung und zwar wiederum in zwei Formen:

a) Dieses fremde Recht soll mafsgebend sein, gleichgiltig ob es mafsgebend sein will oder auf ein drittes Recht weiterverweist; nur wenn es auf die lex fori zurückverweist, kommt diese zur Anwendung. Das ist die echte und reine Zulassung der Rückverweisung. So Art. 27 des deutschen EG.: „Sind nach dem Rechte eines fremden Staates, dessen Gesetze in dem Artikel (folgen Citate von 5 Artikeln, in denen das Heimatrecht für mafsgebend erklärt war) für mafsgebend erklärt sind, die deutschen Gesetze anzuwenden, so finden diese Gesetze Anwendung".

b) Dieses fremde Recht soll mafsgebend sein, aber nur falls es mafsgebend sein will; will es das nicht, so soll die lex fori mafsgebend sein. Eine derartige Bestimmung wird mit Unrecht häufig als das eigentliche Beispiel für die Zulassung der Rückverweisung angeführt, sie geht darüber hinaus, denn die lex fori soll nicht blofs dann gelten, wenn das fremde Recht auf sie zurückverweist, sondern auch dann, wenn es auf ein drittes Recht weiterverweist oder — wie man streng denkend hinzusetzen mufs — wenn es überhaupt keine feste Norm für die internationalrechtliche Entscheidung dieser Fälle hat. Eine Reihe von schweizer Kantonsgesetzgebungen[68]) unterwirft im Kanton wohnende Fremde bald bezüglich ihrer Rechtsfähigkeit und Handlungsfähigkeit, bald bezüglich ihrer familienrechtlichen Verhältnisse und ihrer Beerbung, bald in allen diesen Beziehungen ihrem Heimatrecht, sofern dieses Heimatrecht „solches vorschreibt". Andernfalls soll das im Kanton geltende Recht Anwendung finden. Nun wird es sich hier zwar in der Hauptsache darum handeln, dafs, wenn das Heimatrecht „solches nicht vorschreibt", es eben selbst das Wohnsitzrecht gelten lassen will, also auf die lex fori zurückverweist; aber es finden sich auch Bestimmungen in den Rechtsordnungen, welche bei dieser oder jener in das oben bezeichnete Gebiet hineingehörenden Frage,

[68] Gesetzbuch von Zürich von 1854 § 2 und 3 (Neumann Nr. 46) und von 1887 § 3 und 4 (Neumann Nr. 327, 466); von Schaffhausen § 2 (Niemeyer Nr. 203); von Zug § 2 (Niemeyer Nr. 213); von Graubünden § 1 Ziffer 4b (Neumann Nr. 11). Umgekehrt für im Ausland wohnende Schweizer: Schweizer Bundesgesetz vom 25. Juni 1891 § 28 (Neumann Nr. 44) und Berner Entwurf Art. 7 Abs. 2 (Neumann Nr. 448).

namentlich bei familienrechtlichen Fragen nicht das Heimatrecht und nicht das Wohnsitzrecht, sondern ein drittes Recht gelten lassen wollen: diese Weiterverweisung würde dann zur Folge haben, dafs nicht das fremde Recht, auch nicht jenes dritte Recht, auf das es verweist, sondern nunmehr das schweizer Recht Anwendung findet.

Diese Zusammenstellung zeigt, wie bunt und mannigfaltig das Bild der wirklichen Rück- und Weiterverweisungsklauseln ist. Und doch liegen schwerlich genügende Gründe vor, welche bald diesen, bald jenen Inhalt der Kollisionsnorm bewufst haben wählen lassen; der Zufall hat hier wohl eine gröfsere Rolle gespielt als die bewufste Überlegung. Gemeinsam ist allen diesen Fällen die an die Spitze gestellte Charakteristik: Kollisionsnorm der lex fori macht die Auswahl des mafsgebenden Rechts abhängig von dem Inhalt der Kollisionsnormen eines bestimmten fremden Rechts in der Weise, dafs je nach der Gestaltung der Kollisionsnormen dieses fremden Rechts entweder dieses selbst oder ein anderes Recht (ein drittes oder die lex fori) anwendbar sein soll; gewöhnlich ist der entscheidende Umstand der, ob jene Kollisionsnorm dieses andere Recht für mafsgebend erklärt (auf es „verweist“) oder nicht. Das andere Recht, das eventuell mafsgebend sein soll, kann in der Kollisionsnorm der lex fori bereits direkt bestimmt, d. h. individuell genannt sein — so steht es in allen Fällen der blofsen Rückverweisung und der beschränkten Weiterverweisung. Oder es wird — und das ist der Fall bei jeder unbeschränkten Zulassung der Rück- und Weiterverweisung — nur indirekt bezeichnet: dasjenige Recht soll mafsgebend sein, welches in jener Kollisionsnorm genannt ist; der Inhalt der fremden Kollisionsnorm entscheidet dann nicht nur darüber, ob das fremde oder ein anderes Recht, sondern er bestimmt auch, welches der verschiedenen anderen Rechte anwendbar sein soll. Immerhin ist doch aber auch in diesen Fällen die Anwendbarkeit der einzelnen Rechtsordnung, die als anwendbar in Frage steht, abhängig von dem Inhalt der fremden Kollisionsnorm, und darum war es richtig und nötig, den So- oder Anders-Inhalt der fremden Kollisionsnorm als Thatbestandsmoment für die Anwendbarkeit einer bestimmten Rechtsordnung zu bezeichnen (s. S. 207 und 237). — Natürlich mufs jede Kollisionsnorm, welche in irgend einer Weise die Rück- oder Weiterverweisung zuläfst, zur Vermeidung des gefürchteten Cirkels dahin verstanden werden, dafs das Recht, auf das verwiesen wird, mafsgebend sein soll ohne Rücksicht darauf, ob es selbst mafsgebend sein will oder auch seinerseits wieder eine Verweisung enthält.

Legislativ sind alle derartigen Normen, wie sie hier geschildert sind, verwerflich. Sie entspringen bald einer verkehrten nationalistischen Auffassung der internationalprivatrechtlichen Beziehungen, einer Auffassung, welche in der Anwendbarkeit des eignen Rechts einen Vorteil für das eigne Staatswesen erklärt, oder sie gehen aus dem Irrtum hervor, als könnte durch die Beachtung der Rückverweisung die Zahl der Kollisionen eingeschränkt werden, während sie in Wahrheit doch nicht zu einer Beseitigung, sondern nur zu einer Verschiebung der Kollisionen zu führen vermögen[69]. In hohem Mafse zu bedauern ist es, dafs das deutsche Einführungsgesetz nichts desto weniger das Princip der Rückverweisung in weitem Mafse adoptiert hat[70].

2. Die Gegenseitigkeitsklausel.

Kollisionsnormen, die im Thatbestand neben der 'Rechtsfrage' und der 'staatlichen Beziehung' noch eine besondere Voraussetzung erfordern, sind auch die, denen eine Gegenseitigkeitsklausel hinzugefügt ist. Ihrer logischen Struktur nach sind sie den Kollisionsnormen mit Rückverweisungsklausel verwandt: sie machen ebenfalls die Wahl zwischen der Anwendbarkeit des eignen und des fremden Rechts abhängig von dem Inhalt der Kollisionsnormen des fremden Rechts; aber, und das ist ihr Unterschied von den bisher besprochenen Kollisionsnormen, nicht von dem Inhalt derjenigen fremden Kollisionsnormen, die auf diesen selben Fall zutreffen, sondern derjenigen, die einen derartigen Fall, aber mit umgekehrter staatlicher Beziehung behandeln. So Art. 25 des EG.[71]: „Ein Ausländer, der zur Zeit seines Todes seinen Wohnsitz im Inlande hatte, wird nach den Gesetzen des Staates beerbt, dem er zur Zeit seines Todes angehörte“ (das ist die Regel). „Ein Deutscher kann jedoch erbrechtliche Ansprüche auch dann geltend machen, wenn sie nur nach den deutschen Gesetzen begründet sind“ (also alternative Anwendbarkeit des deutschen Rechts, und diese wird nun im folgenden an eine Voraussetzung geknüpft), „es sei denn, dafs nach dem Rechte des Staates, dem der Erblasser angehörte, für die

[69] S. insbesondere Kahn a. a. O. Bd. 30 S. 22.

[70] Der zweite in Note 56 citierte Aufsatz von Kahn S. 401 ff. enthält insbesondere eine ausgezeichnete eingehende Kritik der neuen Gesetzesbestimmung unter Benutzung der Materialien; auf diese Kritik wird hier besonders aufmerksam gemacht.

[71] Vgl. hiermit Art. 31 und unten S. 257.

Beerbung eines Deutschen, welcher seinen Wohnsitz in diesem Staate hatte“ (das ist der gleichartige Fall, nur mit umgekehrten staatlichen Beziehungen), „die deutschen Gesetze ausschliefslich mafsgebend sind“. Praktisch beruht eine derartige Gegenseitigkeitsklausel natürlich auf völlig anderen Motiven als sie bei den Kollisionsnormen der früher besprochenen Art für die Berücksichtigung des Inhalts der fremden Kollisionsnormen mafsgebend sind; die blofse Erwähnung mag an dieser Stelle genügen.

3. Abhängigkeit vom Inhalt fremder materiellrechtlicher Sätze.

Auch von dem Inhalt der materiellrechtlichen Sätze einer fremden Rechtsordnung kann eine Kollisionsnorm die Auswahl des mafsgebenden Rechts abhängig machen. Wo das geschieht, beruht es auf praktisch ganz anderen Gesichtspunkten, als denen die hisher besprochenen Klauseln ihre Entstehung verdanken; die Erscheinungen, die auch unter sich praktisch durchaus verschiedenen Zwecken dienen, werden hier nur erwähnt, um die Verwandtschaft in der Struktur aller dieser Normen zu zeigen. Einmal gehört es hierhin, wenn bestimmt wird, dieses fremde Recht solle mafsgebend sein, sofern es aber den guten Sitten widerstreiten sollte, solle nicht es, sondern das eigne Recht mafsgebend sein[72]. Die Anwendbarkeit des fremden Rechts ist hier von seinem materiellrechtlichen Inhalt abhängig. Ferner sehe man Art. 28 des D. E G.: dieses bestimmte Recht soll als Vermögensstatut anwendbar sein, sofern nicht die lex rei sitae besondere materiellrechtliche Vorschriften für diese Dinge hat. Hier ist also je nach dem materiellrechtlichen Inhalt der lex rei sitae entweder diese oder das Vermögensstatut für mafsgebend erklärt. Endlich könnte man auch alle die früher S. 218 fg. besprochenen Kollisionsnormen hierher rechnen, in denen zwei Rechtsordnungen alternativ derart für anwendbar erklärt sind, dafs die günstigere von ihnen beiden vorgeht: die Anwendbarkeit jeder der beiden Rechtsordnungen ist hier von dem Inhalt abhängig, den die andere mit ihr in Vergleich gestellte hat.

[72] Vgl. unten IV Kap., I.

Zweites Kapitel.

Anwendungsnormen und materielles Recht.

Es hat natürlich niemals einem Zweifel unterlegen, daſs es nicht die Aufgabe der Wissenschaft des internationalen Privatrechts ist, den materiellrechtlichen Inhalt der Sätze, deren Anwendungsbereich es regelt, darzustellen (s. S. 29). Trotzdem werden in den Bearbeitungen des internationalen Privatrechts doch auch Sätze behandelt, die in Wahrheit dem materiellen Privatrecht angehören. Der Grund ist ein zweifacher. Einmal ist die theoretisch so klare Unterscheidung zwischen den Anwendungsnormen und den kraft ihrer anzuwendenden Normen in der praktischen Durchführung mit Schwierigkeiten verknüpft; infolge dessen werden Sätze, die in Wahrheit materiellrechtlicher Natur sind, für Internationalrechtssätze gehalten und darum in den Darstellungen des Internationalrechts mit besprochen. Ja die Ähnlichkeit zwischen beiden Arten von Rechtssätzen ist so groſs, daſs umgekehrt die Versuchung aufkommen kann, Anwendungsnormen als materiellrechtliche Sätze aufzufassen. Hier ist also eine nähere Grenzregulierung nötig. Obwohl es dieses Buch nur mit dem internationalen Privatrecht zu thun hat, muſs es von dem materiellen Privatrecht doch soweit sprechen, wie es nötig ist, um die Verwechslung beider Arten von Rechtssätzen auszuschlieſsen. Die Aufgabe der Trennung ist übrigens leicht, soweit die aus der völkerrechtlichen Grundlage abgeleiteten subsidiären Anwendungsnormen in Frage stehen. Diese scheiden sich eben dadurch ab, daſs sie unmittelbar aus der völkerrechtlichen Grundlage in der in dem vorigen Buch geschilderten Weise abgeleitet sind. Schwieriger ist hingegen die Unterscheidung der positiven Anwendungsnormen von den materiellen Rechtssätzen, weil beide, als denselben Quellen entstammend, ihrer Entstehung nach nicht zu unterscheiden sind. Die nötige Grenzziehung soll in diesem Kapitel vorgenommen werden. Sodann übt der Inhalt des materiellen Rechts eine Rückwirkung auf die Gestaltung des innerstaatlichen internationalen Privatrechts aus und kann insofern bei der Darstellung des internationalen Privatrechts nicht ganz auſser Acht gelassen werden: davon wird indes besser in anderem Zusammenhange (unten Kap. IV) die Rede sein.

I. Anwendungsnorm über eignes Recht und materieller Teilrechtssatz.

Der Zweifel, ob gewöhnliches materielles Recht, ob Kollisionsnorm in unserem Sinne setzt sofort schon bei dem Rechtssatz ein, der in irgend einer Weise Anwendung des eignen Rechts anordnet[73]. Freilich ist die Unterscheidung hier für die praktische Frage, welches Recht anzuwenden ist, gleichgiltig. Denn sagt der Grundsatz z. B. des deutschen Rechts: das deutsche Recht ist anzuwenden, so bleibt die Entscheidung dieselbe, ob dieser Satz nun Kollisionsnorm oder materielles Recht ist. Für den deutschen Richter gilt jedenfalls die Anordnung, dafs deutsches Recht anzuwenden sei; der Richter eines fremden Staats aber, der kraft einer Kollisionsnorm seines eignen Staats deutsches Recht anwenden soll, wendet das deutsche Recht ebenfalls an: wenn jener Satz des deutschen Rechts materielles Recht ist, wendet er ihn an, weil ihm seine, die fremde, Kollisionsnorm das materielle deutsche Recht anzuwenden befiehlt; wenn jener Satz des deutschen Rechts selbst Kollisionsnorm ist, so macht das nichts aus, da er mit der fremden Kollisionsnorm übereinstimmt. Trotzdem ist es nicht blofs von theoretischem Interesse, zu wissen, ob ein solcher Satz Kollisionsnorm oder materielles Recht ist, sondern auch von praktischem; denn einmal können in einem Staat für die Entstehung öffentlichrechtlicher und privatrechtlicher Rechtssätze verschiedene Voraussetzungen gelten, sodann werden Anwendungsnormen und Kollisionsnormen im Prozefs verschieden behandelt.

Die Unterscheidung scheint einfach zu sein: Anwendungsnormen und materielle Rechtssätze unterscheiden sich ihrem unmittelbaren Inhalt nach, der sich auch in der Form der Rechtssätze ausdrückt: ein Satz ist immer ein materieller Rechtssatz, wenn eine bestimmte materiellrechtliche Wirkung an einen gewissen Thatbestand angeknüpft ist; er ist hingegen Kollisionsnorm, wenn er etwas über die sogen. örtliche Anwendbarkeit des Rechts bestimmt. Indes diese allgemeine Charakterisierung reicht nicht aus. Soll der Unterschied in dem Inhalt der Rechtssätze liegen, so mufs sich näher sagen lassen, in welchem Moment des Inhalts er zu finden ist. Der materielle Rechtssatz besteht aus Thatbestand und Wirkung, die

[73] Einige Bemerkungen zu der im folgenden verhandelten Frage s. bei Kahn, Jahrbücher für die Dogmatik 30 S. 28—34.

Kollisionsnorm knüpft die Anwendbarkeit des eignen Rechts ebenfalls an das Dasein gewisser Umstände, also an einen Thatbestand an; beide Rechtssätze sind ihrer Struktur nach ganz gleich. Wir müssen also näher zusehen: liegt etwa das unterscheidende Moment in der Art des Thatbestands oder in der Art der Rechtswirkung?

In der Art des Thatbestands liegt es nicht. Die Kollisionsnorm macht die Anwendbarkeit des eignen Rechts abhängig von der Beziehung einer bestimmten Person, Sache, Handlung u. s. w. zum Inland oder Ausland (s. oben S. 221 fg.); aber auch der materielle Rechtssatz bezieht sich immer nur auf bestimmte Arten von Personen, Sachen, Handlungen u. s. w., und die Abgrenzung dieser Personen, Sachen, Handlungen u. s. w., die er treffen will, kann auch durch deren Beziehung zum Inland oder Ausland gegeben werden. So gut, wie es Rechtssätze giebt, die nur etwas für Militärpersonen oder für Kaufleute u. s. w. bestimmen (ius singulare im Sinne eines günstigen oder ungünstigen Klassenprivilegs), so können sie auch etwas blofs für Inländer oder blofs für Ausländer bestimmen: den Charakter von Anwendungsnormen erhalten sie dadurch allein noch nicht. Ob sie ihn aus anderen Gründen haben, steht hier nicht zur Erörterung: es soll nur gezeigt werden, dafs die Verwendung staatlicher Beziehungen als „Anknüpfungsmomente“ auch in materiellrechtlichen Sätzen möglich ist, dafs also der Inhalt des Thatbestandes kein unterscheidendes Merkmal zwischen Anwendungsnormen und materiellrechtlichen Sätzen ergiebt. Der Satz ‘Ausländer können im Inland kein Grundeigentum erwerben’ würde materielles Recht, nicht Kollisionsnorm sein, ebenso wie es materielles Recht ist, wenn das Gesetz über die Invaliditätsversicherung vom 22. Juni 1889 in § 14 sagt: „Ist der Berechtigte ein Ausländer, so kann er, falls er . . ., mit dem dreifachen Betrage der Jahresrente abgefunden werden.“

Bildet dem gegenüber die Art der Rechtswirkung ein sicheres Unterscheidungsmerkmal? dort Anordnung einer materiellen Wirkung, hier Anordnung der Anwendbarkeit des Rechts? Ebenfalls nicht. Denn der Satz: ‘Diese Vorschriften des deutschen Rechts sind anwendbar’ kann auch nur eine abgekürzte Anordnung materieller Rechtsfolgen sein. Häufig genug wird in den Gesetzen aus stilistischen Gründen ein einzelnes positives oder negatives Thatbestandsmoment erst in einem besonderen Satz als solches eingeführt; z. B. ein Rechtssatz ist zuerst allgemein für alle Personen gegeben, und dann heifst es: diese Vorschrift findet nur auf Personen solcher bestimmten Art Anwendung oder findet auf Personen

solcher Art keine Anwendung (z. B. BGB. § 86), oder er ist zuerst nur für Personen gewisser Art gegeben, und dann heifst es: er findet auch auf diese andere Art Personen Anwendung (ebenda § 89). Der volle materielle Rechtssatz wird dann erst aus jener ersten Vorschrift und diesem weiteren Satz als Teilrechtssätzen zusammen gebildet. Das einzelne derartig normierte Thatbestandsmoment kann aber wiederum gerade die Beziehung der Person, Sache oder Handlung zum Inland oder Ausland sein: der normierende Satz bleibt darum doch ein materieller Teilrechtssatz. Wenn z. B. eine Gesetzgebung den Satz, dafs Ausländer im Inland kein Grundeigentum erwerben können, dahin ausdrückte: die Vorschriften, welche den Erwerb von Grundeigentum gestatten, finden auf Ausländer keine Anwendung, so würde dieser Satz dadurch noch nicht seinen Charakter als materiellrechtliche Bestimmung einbüfsen und zu einer Kollisionsnorm werden. Und noch eine andere Analogie: eine Norm, welche bestimmt, dieser materielle Privatrechtssatz solle erst von diesem künftigen Tage ab gelten, läfst sich als Bestimmung des materiellen Rechts auffassen: er ist dann ein Teilrechtssatz, der mit dem materiellen Privatrechtssatz, auf den er sich bezieht, zusammen erst den ganzen materiellen Rechtssatz bildet. Er fügt für alle in dem Gesetz angeordneten Rechtswirkungen das Thatbestandsmoment hinzu, dafs die Rechtswirkung nur eintrete, wenn der Thatbestand sich frühestens an jenem Tage vollständig verwirklicht hat. Die Form der Anwendungsbestimmung hindert also auch hier den Charakter als materieller Rechtssatz nicht.

Und nun umgekehrt: die Unmöglichkeit, nach der Art der Anordnung der Rechtsfolge zu unterscheiden, zeigt sich aufs deutlichste, sobald man nur bedenkt, dafs so und so oft die unzweifelhafte Kollisionsnorm nicht in der Form auftritt, dafs sie sagt, in diesem Fall sei dieses Gesetz anzuwenden und dergl., sondern dafs sie einfach den materiellen Satz des Gesetzes selbst wiederholt oder sich mit ihm verbindet[74]. Ihn wiederholt: das BGB. sagt bei seinen materiellen Bestimmungen in § 13: „Wer verschollen ist, kann . . . für tot erklärt werden“, und das EG. setzt bei seinen internationalrechtlichen Bestimmungen in Artikel 9 hinzu: „Ein Verschollener kann im Inlande nach den deutschen Gesetzen für tot erklärt werden, wenn er bei dem Beginne der Verschollenheit ein Deutscher war“ — erscheint hier die Kollisionsnorm nicht einfach in der

[74] S. oben S. 213.

Form, dafs der materielle Rechtssatz nur mit genauer bezeichnetem besonderem Thatbestande wiederholt wird?

Die Art der Anordnung von Thatbestand und Rechtswirkung bildet demnach kein Unterscheidungsmerkmal zwischen Anwendungsnorm und materiellem Rechtssatz. Sieht man nur den Inhalt des Rechtssatzes an, so läfst sich schliefslich jede Anwendungsnorm, welche sie sei, auch die in absichtlich genau gewählter Form erscheinende, in einen materiellrechtlichen Teilrechtssatz umwandeln. Wenn unser Gesetzbuch das eheliche Güterrecht regelt und dann anordnet, diese Vorschriften fänden nur Anwendung, wenn der Ehemann zur Zeit der Eheschliefsung ein Deutscher gewesen sei, so läfst sich auch dieser Satz, wenn man ihn rein für sich betrachtet, ohne logischen Fehler dahin auffassen, dafs er in abgekürzter Form allen materiellen Sätzen des Ehegüterrechts das beschränkende Thatbestandsmoment hinzufügt: 'sofern der Ehemann zur Zeit der Eheschliefsung ein Deutscher war', dafs er also selbst ein materieller Teilrechtssatz ist. Und doch wäre dies ein Fehler, ein Unterschied zwischen Anwendungsnorm und materiellem Rechtssatz mufs da sein. Denn wie früher (S. 199) gesagt: jeder materielle Rechtssatz setzt schliefslich einen anderen Rechtssatz voraus, der die Herrschaftsgrenzen des ersteren feststellt, mag er nun ausdrücklich oder stillschweigend entstanden sein. Wie weit man also auch die Annahme, dafs materielle Rechtssätze vorliegen, ausdehnen wollte, schliefslich müssen immer dahinter noch Rechtssätze stehen, welche seine Anwendbarkeit bestimmen, mithin nicht selbst materielles Recht sein können. Und daraus ergiebt sich auch, wo der Unterschied zu suchen ist: er liegt nicht in dem unmittelbaren Inhalt des einzelnen Rechtssatzes und kommt auch nicht in dessen Form zum Ausdruck — ein materieller Rechtssatz kann in der Form einer Anwendungsbestimmung gegeben sein, eine Kollisionsnorm sich in der Form eines materiellen Rechtssatzes verstecken —, sondern er liegt ausschliefslich in dem Zweck, den der Rechtssatz verfolgt. Hat ein Rechtssatz den Zweck, die Herrschaftsgrenzen des eignen Rechts gegenüber den fremden Rechtsordnungen erst zu bestimmen, so ist er eine Kollisionsnorm und gehört dem öffentlichen Recht an; setzt hingegen ein Rechtssatz voraus, dafs es einen anderen Rechtssatz gebe, kraft dessen er anwendbar sei, dafs also die Herrschaftsabgrenzung bereits geschehen sei, so ist er ein reiner Satz des materiellen Rechts. Will man demnach im einzelnen Fall feststellen, ob ein Satz Kollisionsnorm oder materieller Rechtssatz ist, so mufs zunächst zugesehen werden, ob eine Herrschaftsabgrenzung

zu Gunsten des eignen Rechts nicht bereits durch andere Rechtssätze gegeben ist. In der Regel wird die Feststellung übrigens durch die äufsere Gestalt des Rechtssatzes und besonders den Zusammenhang, in dem er steht, mit Sicherheit ermöglicht sein. Namentlich tritt die Absicht, eine Herrschaftsabgrenzung zwischen den verschiedenen Rechtsordnungen vorzunehmen, dann deutlich hervor, wenn der Rechtssatz die Anwendbarkeit des eignen Rechts in einer bestimmten Frage in Gegensatz gegen die Anwendbarkeit fremden Rechts festsetzt oder je nach der staatlichen Beziehung des Falls jedem Recht seine eigne Anwendbarkeit zuspricht. Aber alles ist schliefslich Interpretationsfrage. Der Satz z. B. 'Ausländer können kein Grundeigentum erwerben' würde nicht Kollisionsnorm sein, da er auf dem Vordersatz beruhen würde: über den Erwerb von Grundeigentum in dem Gebiet unseres Staats hat unsere Rechtsordnung zu entscheiden. Ebenso steht es aber auch [75] mit der Bestimmung des § 61 des Deutschen Urhebergesetzes: „Das gegenwärtige Gesetz findet Anwendung auf alle Werke inländischer Urheber" u. s. w. und des § 62 „Diejenigen Werke ausländischer Urheber, welche . . ., geniefsen den Schutz dieses Gesetzes" u. s. w. Denn dafs nur das deutsche Recht dafür mafsgebend ist, ob auf deutschem Gebiet für irgend jemand ein Urheberrecht besteht oder nicht, war keinen Augenblick zweifelhaft, die internationalrechtliche Herrschaftsabgrenzung ist also von dem genannten Gesetz vorausgesetzt, und die §§ 61 und 62 haben nur den Sinn, ein für alle Thatbestände, die im Gesetz geregelt sind, gemeinsames Thatbestandsmoment der Abkürzung halber auf einmal zu nennen, das Thatbestandsmoment nämlich, dafs die Werke, an denen das Urheberrecht bestehen soll, von Inländern oder von Ausländern bestimmter Art herrühren müssen u. s. w. [76]. Übrigens steht natürlich nichts im Wege, dafs sich beide Rechtssätze, die materielle Regelung und die Kollisionsnorm, grammatisch in einen Satz vereinigen, der dann also einen doppelten Inhalt hat. So sagte § 5 des Deutschen Entwurfs I: „Ein Deutscher, welcher verschollen ist, kann für tot erklärt werden" und wollte damit zugleich die Kollisionsnorm und die materielle

[75] S. hierzu Teil II Buch II Kap. V.

[76] Auch in der Anordnung, dafs ein gewisser Rechtssatz nur innerhalb eines bestimmten Teils des Staatsgebiets gelten solle, ist in Wahrheit eine materiellrechtliche Bestimmung zu sehen: der öffentlichrechtliche Satz, dafs der Staat Gesetzgebungsmacht für sein ganzes Gebiet hat, ist dabei vorausgesetzt. Indes davon ist hier, wo Staatsgebiet und Rechtsgebiet als zusammenfallend gedacht werden, noch nicht zu reden.

Regelung geben, welche später das fertige Gesetzeswerk in den oben angeführten § 13 und Art. 9 getrennt gegeben hat[77].

Ich fasse zusammen. Der Satz 'diese Vorschrift gilt nur für Deutsche', oder: 'auch für Ausländer' u. s. w. ist Kollisionsnorm, wenn er Herrschaftsabgrenzung gegenüber der Anwendbarkeit fremdstaatlicher Gesetze sein will; er ist materielle Norm, wenn er eine Herrschaftsabgrenzung, kraft deren das deutsche Recht an sich mafsgebend ist, bereits voraussetzt.

Hieraus ergiebt sich denn insbesondere auch, inwieweit Untersuchungen über die privatrechtliche Stellung der Ausländer[78] nach inländischem Privatrecht ins internationale Privatrecht hineingehören. Ein Rechtssatz, der irgend eine materiellrechtliche Bestimmung über einen Ausländer giebt, kann zugleich Kollisionsnorm sein: er ist es dann, wenn er eine Herrschaft des inländischen Rechts über den Ausländer erst festsetzen will, die nach sonstigen internationalrechtlichen Grundsätzen nicht begründet ist. Insofern gehört er dann in das internationale Privatrecht hinein. Die gewöhnlichen Rechtssätze, welche in irgend einer Weise differenziertes Recht für Inländer und Ausländer setzen, sind in der Regel aber rein materiellrechtlicher Natur, d. h. sie sind nur auf der Grundlage oder unter der Voraussetzung gedacht, dafs die eigne Rechtsordnung internationalrechtlich zuständig ist: sie gehören mithin ins internationale Privatrecht nicht hinein. Gerade darum wurden schon bei der völkerrechtlichen Grundlegung die Völkerrechtssätze, welche Anforderungen an die Rechtsordnungen der einzelnen Staaten in Bezug auf die privatrechtliche Gleichstellung der Inländer und Ausländer enthalten, nicht mit behandelt (s. S. 30), und ebensowenig die völkerrechtlichen Verträge, welche etwas über die privatrechtliche Behandlung der gegenseitigen Unterthanen ausmachen. Daher gehört denn auch die Besprechung der Reciprocitätsbestimmungen

[77] Vgl. hierzu auch S. 210 fg. Ein anderes Beispiel bietet EG. Art. 10: gewisse ausländische Vereine sollen im Inland als rechtsfähig nur gelten, wenn sie nach ausländischem Recht rechtsfähig sind, und wenn zugleich — das ist hier eingeführtes ius singulare für sie — ihre Rechtsfähigkeit durch Beschlufs des Bundesrats anerkannt ist. Dies ist also zugleich materielles Recht und Anwendungsbestimmung. — Ebenso Art. 15 Abs. 2 Halbsatz 2: die Bestimmung des deutschen Rechts, dafs die Ehegatten einen Ehevertrag schliefsen können (BGB. § 1432), wird wiederholt und zugleich auf bestimmte Fälle für anwendbar erklärt.

[78] S. darüber v. Bar I S. 281 ff. Niemeyer S. 39—42 und 86—94, Neumann S. 147 fg. Gesetzesbestimmungen s. bei Niemeyer S. 12*—16* und bei Neumann Nr. 20—37.

nicht ins internationale Privatrecht. Diese Bestimmungen machen von dem Inhalt einer fremden materiellen Rechtsordnung abhängig den Inhalt der eignen aber wiederum materiellen Rechtsordnung. Wenn der vorher angeführte § 62 des deutschen Urhebergesetzes ausländischen Urhebern für Werke, welche in einem bestimmten nicht reichsdeutschen Gebiet erschienen sind, das deutsche Autorrecht verleiht „unter der Voraussetzung, dafs das Recht des betreffenden Staates den innerhalb des Norddeutschen Bundes (Deutschen Reiches) erschienenen Werken einen den einheimischen Werken gleichen Schutz gewährt", so liegt die rein materiellrechtliche Natur dieser Bestimmung auf der Hand. Der internationalrechtliche Satz, dafs das Urheberrecht für Deutschland durch das deutsche Gesetz und für das Ausland durch das ausländische Gesetz geregelt wird, steht fest: die Verleihung des Urheberrechts an Ausländer, also diese materiellrechtliche Wirkung wird aber an die Bedingung geknüpft, dafs das fremde Privatrecht in bestimmter Weise gestaltet sei.

Auch die Retorsionsbestimmungen pflegen lediglich den Inhalt des materiellen Rechts anzugehen: sie ordnen an, dafs, soweit das einheimische Recht überhaupt Anwendung findet, für den Ausländer etwas Nachteiligeres gelten solle als für den Inländer. Oft enthält übrigens die Retorsionsbestimmung blofs eine Delegation der gesetzgebenden Gewalt an eine leichter fungierende Quelle: diese Quelle darf dann je nach dem Inhalt des fremden Rechts eignes inländisches Recht schaffen, kraft dessen die Ausländer schlechter als die Inländer gestellt sein sollen. Eine solche rein staatsrechtliche Bestimmung enthält auch Art. 31 des EG.: „Unter Zustimmung des Bundesrats kann durch Anordnung des Reichskanzlers bestimmt werden, dafs gegen einen ausländischen Staat sowie dessen Angehörige und ihre Rechtsnachfolger ein Vergeltungsrecht zur Anwendung gebracht wird". Wie die Verhältnisse noch liegen, ist eine derartige Bestimmung nicht wohl entbehrlich, wenn auch zu hoffen ist, dafs von diesem Kampfmittel wenig Gebrauch gemacht werde.

II. Anwendungsnorm über fremdes Recht und materiellrechtlicher Verweisungssatz.

Praktisch bedeutungsvoller ist die Unterscheidung, ob Kollisionsnorm, ob materieller Rechtssatz, bei allen Sätzen, die für eine Frage Beurteilung nach diesem oder jenem fremden Recht

vorschreiben. Zwar davon kann hier keine Rede sein, dafs man etwa die Thatsache, von der die Anwendbarkeit des fremden Rechts abhängig gemacht ist, als ein Moment des Thatbestandes selbst auffassen dürfte: das eigne Recht stellt hier ja eben überhaupt keinen Thatbestand selbst auf. Wohl aber ist ein anderer Sinn eines solchen Rechtssatzes wenigstens möglich, der ihn wiederum zu einem Satz des materiellen Privatrechts macht. Eine klare Abgrenzung der wirklichen Kollisionsnormen, mit denen wir es zu thun haben, ist nur zu erreichen, wenn man sich das Wesen dieser materiellrechtlichen Normen, die ihnen ähnlich sehen, zu voller Erkenntnis bringt.

1. Wesen und Inhalt der materiellrechtlichen Verweisungssätze.

Unzweifelhaft kann unser Recht Sätze eines fremden Rechts inhaltlich 'recipieren', also als Sätze des eignen Rechts wiederholen; das ist ja eine häufige Erscheinung. Die Einführung des in einem anderen Gebiete geltenden Rechts kann aber auch dadurch bewirkt werden, dafs blofs der Gesetzesbefehl erfolgt, wohingegen wegen des Gesetzesinhalts nur auf eine anderswo schon in Geltung stehende Quelle verwiesen wird. So hat z. B. das Deutsche Reich eine Reihe von Gesetzen des Norddeutschen Bundes unter einfacher Verweisung auf diese Gesetze „als Reichsgesetze im Königreiche Bayern eingeführt" (RG. vom 22. April 1871). Eine solche Verweisung ist nun auch dergestalt möglich, dafs allgemein oder für einen bestimmten Ausschnitt von Fällen das einheimische materielle Recht auf Bestimmungen eines fremden Rechts als mafsgebend verweist, ohne den Inhalt des fremden Rechts zu wiederholen: es erteilt auch hier nur den Gesetzesbefehl, ohne den Gesetzesinhalt im einzelnen wieder auszusprechen. Eine solche Verweisung ist nichts als eine abgekürzte materielle Anordnung, das fremde Recht wird für diese Frage zum eignen materiellen Recht gemacht; bezieht sie sich auf fremde privatrechtliche Bestimmungen, so ist sie selbst ein Satz des Privatrechts und nicht eine internationalrechtliche Anwendungsnorm. Im vorigen Kapitel wurde ja auch schon für Kollisionsnormen, die fremdes Recht zur Herrschaft berufen, der Ausdruck gebraucht, dafs sie eine Verweisung auf das fremde Recht enthielten, 'verweisen' bedeutete dort eben ganz dasselbe wie 'für mafsgebend erklären'. Ganz anders bei dieser materiellrechtlichen Verweisung. Ein Satz, der eine materiellrechtliche Verweisung enthält, will über die

Anwendbarkeit des eignen oder eines fremden Rechts gar nichts bestimmen, er sagt darüber so wenig etwas aus wie irgend ein anderer materiellrechtlicher Satz, sondern überläfst die Entscheidung dieser Frage den internationalrechtlichen Grundsätzen und ist selbst, wie jeder andere materiellrechtliche Satz auch, nur anwendbar unter der Voraussetzung, dafs eben nach der Rechtsordnung, deren Teil er bildet, zu entscheiden ist. Sein Sinn ist nicht: Richter, ich befehle dir für diesen Fall diese Norm anzuwenden, sobald der Fall deiner Beurteilung unterliegt, meine Rechtsordnung nimmt für alle solche Fälle Herrschaft in Anspruch; sondern: für diesen Fall ist, falls meine Rechtsordnung überhaupt zur Anwendung kommt, also innerhalb der Herrschaftsgrenzen meiner Rechtsordnung, folgendes Rechtens. Dafs solche Rechtssätze — sie werden weiterhin als materielle Verweisungsrechtssätze bezeichnet — vorkommen können, unterliegt nicht dem leisesten Zweifel, selbst wenn auf diese Weise es möglich werden sollte, „alle Gesetzbücher und Statuten der Welt zum Appendix unseres Landesrechts“ zu machen[79]: diese Übertreibung beweist die Unrichtigkeit des Gedankens selbst nicht. Ob sie auch wirklich vorkommen, das wird nachher noch besprochen werden.

Die materielle Verweisungsnorm ist — wenn sie wirklich vorkommt — Bestandteil der materiellen Privatrechtsordnung dieses Staats; sie mufs demnach, was ihre Entstehung betrifft, genau so beurteilt werden wie jeder andere Privatrechtssatz. Sie kann ausdrücklich durch Gesetz eingeführt sein — nicht selten geschieht das auf Grund eines vorgängigen Staatsvertrags —, oder sich aus dem Inhalt des Gesetzes als stillschweigend zur Geltung berufenes Recht ergeben, auch Gewohnheitsrecht kann sie sein — die Erfordernisse des Gewohnheitsrechts sind hier dieselben wie bei jedem Privatrechtssatz —; endlich wird auch die Analogie hier wie überall im Privatrecht ihre Rolle spielen können.

Inhaltlich kann die Verweisungsnorm dieselben Unterschiede zeigen wie die Kollisionsnorm, welche ein fremdes Recht als mafsgebend bestimmt. Sie kann sich wiederum beziehen auf die Beurteilung blofs der Rechtswirkung oder blofs des Thatbestandes oder gar nur eines einzelnen Thatbestandsmoments nach fremdem Recht, oder kann in beiderlei Beziehung verweisen. Sie kann ferner wieder exklusiv oder kumulativ oder alternativ sein; sofern es sich um eine von den Parteien frei zu verwirklichende Thatsache handelt,

[79] Brinz, Pandekten 3. Aufl. I S. 119; Kahn a. a. O. S. 27—28.

bedeutet das also gerade wie dort: die Beurteilung nach fremdem Recht kann für die Parteien obligatorisch oder fakultativ sein. Endlich kann auch hier der Sinn der Verweisung auf das fremde materielle Recht insofern in Frage kommen, als sich in dem fremden materiellen Recht, auf das verwiesen wird, ebenfalls wieder materielle Verweisungsrechtssätze finden können. Die Frage ist dann analog der, welche oben für die wahren Kollisionsnormen erörtert wurde, wie jene ist sie eine reine Auslegungsfrage, und wiederum ist sie — freilich aus anderen Gründen als jene — zu verneinen; man kann ganz allgemein und sicher die Regel aufstellen: im Zweifel bedeutet die Verweisung auf fremdes materielles Recht lediglich eine Verweisung auf die principalen materiellen Sätze des fremden Rechts, auf das fremde materielle Recht also mit Ausnahme von dessen eignen Verweisungsrechtssätzen. Soweit der Satz: 'die Geschäftsfähigkeit einer Person ist nach ihrem Heimatrecht zu beurteilen' wirklich als materielle Verweisungsnorm gemeint sein sollte, würde sie nichts sein als eine Abkürzung der Rechtssätze, welche unmittelbar und principaliter in jedem fremden Lande gelten; sie würde z. B. mit Rücksicht auf das Alter bedeuten: die volle Geschäftsfähigkeit eines Deutschen tritt mit dem vollendeten 21sten Lebensjahr ein, die eines Spaniers mit dem 23sten, die eines Dänen mit dem 25sten u. s. w. Der Beweis für die behauptete Auslegung liegt darin, dafs durchaus kein vernünftiges gesetzgeberisches Motiv zu entdecken ist, aus dem die Verweisung auch auf die fremden Verweisungen gewollt sein könnte. Wenn der Gesetzgeber auf die fremden materiellen Bestimmungen verweist, so ist das nur eine bequemere abkürzende Form des Ausdrucks: er spart die Wiederholung der Sätze, ohne dafs dadurch das von ihm gewollte materielle Recht unübersichtlich würde; mit jeder Verweisung zweiter Potenz aber würde der Inhalt des erstverweisenden Gesetzes so gut wie unüberschaubar und jedenfalls so zersplittert werden, dafs ihn der Richter oft kaum zu handhaben imstande sein würde. Das Ergebnis wäre also so unzweckmäfsig, dafs jene Auslegung des Gesetzes ohne weiteres abgelehnt werden mufs.

2. Praktische Bedeutung der materiellrechtlichen Verweisungssätze.

Demnach ist denn auch die Kraft einer solchen materiellen Verweisungsnorm für die Entscheidung eines praktischen Rechtsfalls eine andere wie die einer Kollisionsnorm. Das ist in doppelter Weise wichtig.

Gesetzt, der Richter des Staats, in dem die materielle Verweisungsnorm besteht, hat einen Fall zu entscheiden, bei dem eine bestimmte Verweisungsnorm an sich Platz greifen könnte. Dann mufs er zunächst die internationalrechtliche Vorfrage stellen: welche Rechtsordnung ist für die Entscheidung des Falls mafsgebend? Diese Frage beantwortet er ohne jede Rücksicht auf einen etwa in seinem Recht geltenden materiellen Verweisungsrechtssatz nach den Kollisionsnormen, die in seinem eigenen Staat gelten, in deren Ermangelung nach den der völkerrechtlichen Grundlage entsprechenden Anwendungsnormen. Findet er, dafs nach diesen Grundsätzen seine eigne Rechtsordnung auf den Fall angewendet werden mufs, so mufs er weiter ermitteln: welche materiellen Bestimmungen enthält seine Rechtsordnung für diesen Fall? Zu diesen materiellen Bestimmungen gehört auch ein etwa in seiner Rechtsordnung existierender Verweisungsrechtssatz. Den Satz des fremden Rechts, auf den verwiesen wird, wendet er nun auch als einen Teil seines eignen materiellen Rechts und kraft des Willens dieses seinen eignen Rechts an. Das ist im Ergebnis freilich ganz dasselbe, als ob der Satz nicht materielle Verweisungsnorm, sondern Kollisionsnorm wäre. Der Unterschied ist für diesen Fall lediglich ein Unterschied der theoretischen Auffassung, kein praktischer. Er tritt aber sofort praktisch hervor, wenn der urteilende Richter die internationalrechtliche Vorfrage gemäfs den Kollisionsnormen seines Staats oder den subsidiären völkerrechtsgemäfsen Normen dahin entscheidet, nicht die eigne Rechtsordnung, sondern diese fremde sei mafsgebend. Ob dann noch ein materieller Verweisungsrechtssatz in seiner eignen Rechtsordnung existiert oder nicht, bleibt für ihn ganz gleichgiltig. Wenn ein solcher existiert, darf der Richter ihn doch nicht anwenden, denn da seine eigne materielle Rechtsordnung überhaupt in diesem Falle nicht anwendbar ist, ist der Verweisungsrechtssatz, der ja nur einen Teil dieses seines materiellen Rechts bildet, ebenfalls nicht anwendbar. Wenn der Verweisungsrechtssatz zufällig auf dasselbe fremde Recht verweist, wie die Kollisionsnorm, so kommen zwar beide auf dasselbe Ergebnis hinaus; wenn er hingegen auf ein anderes drittes Recht verweist, so darf der Richter doch nicht dieses dritte, sondern mufs das durch die Kollisionsnorm als mafsgebend bezeichnete Recht anwenden. Während also der am Gerichtsort geltende Rechtssatz, der die Anwendbarkeit eines fremden Rechtssatzes ausspricht, wenn er Kollisionsnorm ist, vom Richter immer beachtet werden mufs, darf er, wenn er den Charakter eines verweisenden materiellen Privatrechtssatzes hat, nur angewendet werden, falls nach den Kollisionsnormen der lex fori eben gerade die eigne Privatrechts-

ordnung mafsgebend ist: die Anwendung des Verweisungsrechtssatzes setzt die Anwendbarkeit der eignen Rechtsordnung des urteilenden Richters nach internationalrechtlichen Grundsätzen voraus. — Die praktische Verschiedenheit läfst sich auch von anderer Seite her beleuchten. Man denke den Fall folgendermafsen: der Richter sieht, dafs ein allgemeiner Kollisionsrechtssatz seines eignen Rechts oder die subsidiäre völkerrechtsmäfsige Norm dieses bestimmte fremde Recht Nr. 2 zur Herrschaft berufe, und er findet nun daneben noch einen Sonderrechtssatz, der für diese einzelne Frage nicht auf das fremde Recht Nr. 2, sondern auf ein drittes Recht Nr. 3 verweist. Ist dieser Sonderrechtssatz dann Kollisionsnorm, so geht er der allgemeinen Kollisionsnorm oder dem subsidiären völkerrechtsmäfsigen Satz vor: Recht Nr. 3 ist also anzuwenden; ist er hingegen materielle Verweisungsnorm, so bleibt er auf die internationalrechtliche Entscheidung ohne Einflufs: Recht 2 ist also anzuwenden. Lehrsatz ist mithin: die einzelne Kollisionsnorm geht den übrigen allgemeinen Anwendungsnormen der lex fori vor, die materielle Verweisungsnorm nicht.

Und nunmehr der zweite praktische Unterschied. Wir stellen den Fall jetzt so, dafs der Richter gemäfs den Kollisionsnormen seines eignen Rechts oder in Ermangelung solcher gemäfs den Völkerrechtsfolgerungen dahin vorentschieden hat, es sei diese bestimmte fremde Rechtsordnung mafsgebend (und ebenso: die Parteien, die selbst das Recht finden wollen, haben gemäfs dem Völkerrecht diese fremde Rechtsordnung als mafsgebend ermittelt). Ob ein Verweisungsrechtssatz in der eignen Rechtsordnung existiert oder nicht, bleibt wie gesagt gleichgiltig. Vielmehr kommt jetzt die fremde Rechtsordnung zur Anwendung. Und dabei tritt wieder der Unterschied zwischen Kollisionsnorm und materiellrechtlichem Verweisungsrechtssatz, diesmal auf der anderen Seite, nämlich auf der Seite des fremden anzuwendenden Rechts, bedeutsam hervor. Dem Richter liegt jetzt die Aufgabe ob, den Inhalt der fremden Rechtsordnung zu ermitteln. Enthält die fremde Rechtsordnung eine Kollisionsnorm, durch welche die Rechtsordnung des Staats, dem der urteilende Richter angehört (die lex fori), oder die Rechtsordnung eines dritten Staats für mafsgebend erklärt wird, so hat der urteilende Richter diese, wie früher gezeigt wurde, nicht zu beachten: die ihn bindende Anwendungsnorm erklärt das fremde materielle Recht, nicht die fremden Kollisionsnormen für mafsgebend, Rück- und Weiterverweisungen durch Kollisionsnormen des fremden Rechts sind gleichgiltig. Anders aber, wenn das fremde mafsgebende Recht

seinerseits einen materiellen Verweisungsrechtssatz enthält, mag das fremde Recht nun einen Rechtssatz einer dritten Rechtsordnung abgekürzt recipiert haben oder einen Rechtssatz der Rechtsordnung, die dem Staat des urteilenden Richters angehört. Da der Richter das fremde materielle Recht anwenden soll, und der Verweisungsrechtssatz Teil des materiellen Rechts ist, mufs er auch diesen anwenden, kann also hiernach im Ergebnis auf die Anwendbarkeit einer dritten Rechtsordnung hin oder seiner eignen zurückkommen. Die juristische Behandlung des Falles, dafs das fremde als mafsgebend anerkannte Recht eine materielle Verweisungsnorm besitzt, ist mithin ganz dieselbe, wie sie eintritt, wenn eine Kollisionsnorm lautet: wende dieses fremde Recht an, sofern es nicht selbst ein anderes Recht als mafsgebend erklärt. Wir können das Vorstehende wieder zu dem Lehrsatz formulieren: ist nach den eignen Anwendungsnormen der lex fori ein bestimmtes fremdes Recht anzuwenden und das fremde Recht verweist auf die lex fori zurück oder auf ein drittes Recht weiter, so ist diese Verweisungsnorm, falls sie eine materielle Verweisungsnorm ist, für den Richter beachtlich, wenn sie eine Kollisionsnorm ist, unbeachtlich. — Das Ergebnis, dafs der Richter die Verweisungsnorm als Teil des fremden mafsgebenden Rechts anzuwenden hat, ist übrigens selbst dann praktisch bedeutungsvoll, wenn sein eignes Recht eine gleiche Verweisungsnorm besitzt. Denn Umfang und Kraft der Verweisungsnorm kann in beiden Rechtsordnungen verschieden bestimmt sein; man bedenke nur, dafs sie im einen Rechtsgebiet obligatorisch, im anderen fakultativ gelten kann.

Alles zusammengefafst: ob eine materiellrechtliche Verweisungsnorm überhaupt und in welchem Sinne sie anzuwenden ist, das hat der Richter nicht nach seiner eignen Rechtsordnung als solcher, sondern nach der Rechtsordnung zu bestimmen, welche gemäfs den ihn bindenden Anwendungsnormen seines Rechts mafsgebend ist.

Ich illustriere diese Darlegung als an einem Beispiel an der bekannten Regel locus regit actum, von der im 'angewandten internationalen Privatrecht' noch näher die Rede sein wird. Ein zweifacher Sinn dieser Regel ist möglich:

1) Der Satz ist Kollisionsnorm. Dann bedeutet er: der Richter dieses Gebiets, in dem der Satz gilt, mufs ein Rechtsgeschäft als giltig anerkennen, wenn es den am Ort der Vornahme geltenden Formvorschriften entspricht, mag im übrigen auch das sonst nach den eigenen Kollisionsnormen der lex fori anwendbare fremde Recht die Giltigkeit eines solchen Geschäfts ausschliefsen.

2) Der Satz ist materielle Rechtsnorm. Dann bedeutet er: das einheimische Recht sagt, dafs zur Giltigkeit eines nach ihm zu beurteilenden Rechtsgeschäfts die Beobachtung der am Ort der Vornahme geltenden Formvorschrift genügt. Voraussetzung der Anwendbarkeit dieses Satzes ist aber dann, dafs überhaupt das einheimische Recht den bestehenden Kollisionsnormen dieses Staats nach Anwendung findet. Wenn hingegen nach seinen eignen Kollisionsnormen nicht es selbst, sondern ein bestimmtes fremdes Recht Anwendung findet, so ist die Formgiltigkeit des Rechtsgeschäfts nach diesem fremden Recht zu beurteilen. Hält auch dieses fremde Recht die Beobachtung der Formvorschriften des Errichtungsorts für genügend, so hat es dabei sein Bewenden; erfordert hingegen das fremde Recht eine bestimmte andere Form, so mufs unser einheimischer Richter dies Verlangen als entscheidend annehmen.

Aus der dargestellten Bedeutung der materiellrechtlichen Verweisungen geht hervor, dafs sie niemals zu einem internationalrechtlichen Konflikt der Rechtsordnungen führen können. Ein Konflikt kann immer nur durch Kollisionsnormen entstehen, die dem Völkerrecht widersprechen, die materielle Verweisungsnorm aber kann, eben weil sie die internationalrechtliche Anwendbarkeit der eignen Rechtsordnung voraussetzt, niemals in gleichem Sinn wie die Kollisionsnorm völkerrechtswidrig sein. Während eine dem Völkerrecht widersprechende Kollisionsnorm immer unangemessen und zweckwidrig ist, kann die Aufstellung materieller Verweisungsnormen sehr angemessen und zweckdienlich sein: sie kann, solange in den verschiedenen Staaten noch verschiedenes materielles Recht gilt, die Härten, die aus dieser Verschiedenheit notwendig entstehen, auf das beste mildern. Von besonderem Wert würde sie sich zeigen, sobald die in diesem Buch entwickelte allgemeine völkerrechtliche Theorie auch praktisch angenommen wäre. Sie verträgt sich mit ihr natürlich vollständig; im 'angewandten internationalen Privatrecht' werden Beispiele hierfür vorkommen.

3. Unterscheidung der Kollisionsnormen und der Verweisungsrechtssätze im einzelnen Fall.

Bei dieser sich mit Notwendigkeit ergebenden und durch nichts aus dem Wege zu räumenden Verschiedenheit in der praktischen Behandlung ist es von gröfstem Interesse zu wissen, ob ein Rechtssatz Anwendungsnorm oder verweisender Rechtssatz ist. Die Frage

ist gleich wichtig vom Standpunkt jedes beliebigen positiven Rechts, mögen in diesem nun Kollisionsnormen im übrigen existieren oder mögen die völkerrechtsgemäfsen Grundsätze zur Hebung kommen.

Theoretisch ist der Unterschied wiederum einfach zu bestimmen: er liegt in dem Zweck, den der Rechtssatz verfolgt, ist also ein durch Auslegung zu ermittelnder Inhaltsunterschied. Wenn der Rechtssatz eine Abgrenzung der Herrschaft für die fremde Rechtsordnung bezweckt, ist er Kollisionsnorm, wenn er eine solche Abgrenzung als bereits geschehen voraussetzt und nur für den Fall der Anwendbarkeit des eignen materiellen Rechts etwas anordnen will, materielle Verweisungsnorm. Hierauf mufs sich also die Untersuchung zuerst richten.

In manchen Fällen wird nun der Charakter eines Rechtssatzes als blofs materieller Verweisungsnorm aufser Zweifel stehen. Von einer Aufzählung kann hier selbstverständlich keine Rede sein: sie könnte nur auf Grund materiellprivatrechtlicher Untersuchungen und zwar gesondert für die Rechte der einzelnen Staaten erfolgen. Ein Beispiel beweist indes hier schon, was zu beweisen ist. Wenn Art. 2 Abs. 1 der Berner Konvention vom 9. Sept. 1886, die kraft ihrer Verkündung im Reichsgesetzblatt innerstaatliches Recht des deutschen Reichs bildet, bestimmt, dafs die einem fremden Verbandsland angehörigen Urheber für ihre in einem fremden Verbandsland veröffentlichten Werke in Deutschland dasselbe Urheberrecht haben wie die deutschen Urheber, so ist das eine gewöhnliche materiellrechtliche Bestimmung, wie ja Bestimmungen über materielles Recht in Staatsverträgen aufserordentlich häufig sind: der Thatbestand für den Erwerb des Urheberrechts wird erweitert. Eine materielle Bestimmung in Form einer Verweisung auf fremdes Recht liegt aber in dem Abs. 2 des Art. 2: „Der Genufs dieser Rechte ist von der Erfüllung der Bedingungen und Förmlichkeiten abhängig, welche durch die Gesetzgebung des Ursprungslandes des Werkes vorgeschrieben sind; derselbe kann in den übrigen Ländern die Dauer des in dem Ursprungslande gewährten Schutzes nicht übersteigen". Die internationalrechtliche Norm, dafs das deutsche Gesetz allein ein für das deutsche Gebiet wirksames Urheberrecht gewähren kann, ist hier als zweifellos vorausgesetzt; das deutsche Recht sagt aber: ich gewähre gewissen Urhebern dies Urheberrecht, falls der von dieser fremden Rechtsordnung geforderte Thatbestand vorliegt; ich gewähre es auf die von dem fremden Recht gesetzte Zeit. Wenn, um ein weiteres Beispiel zu gebrauchen, Art. 7 des EG. Abs. 1

sagt: „Die Geschäftsfähigkeit einer Person wird nach den Gesetzen des Staats beurteilt, dem die Person angehört“ und in Abs. 2 hinzufügt: „Erwirbt ein Ausländer, der volljährig ist, die Reichsangehörigkeit, so behält er die rechtliche Stellung eines Volljährigen, auch wenn er nach den deutschen Gesetzen nicht volljährig ist“, so darf man für diese zweite Bestimmung wohl den Charakter einer materiellen Verweisungsnorm in Anspruch nehmen: Abs. 1 giebt das Princip, dafs deutsches Recht im Falle des Abs. 2 anwendbar sei, Abs. 2 bestimmt dann den Inhalt des deutschen Rechts speciell für früher ausländisch gewesene Deutsche; er ist als eine Ergänzung zu § 2 des BGB. über den Eintritt der Volljährigkeit aufzufassen [80].

Mehr Schwierigkeiten macht es, dafs in gewissen Fällen die materielle Verweisung blofs stillschweigend angeordnet ist. Die Sachlage ist so zu denken: die Auslegung des materiellen deutschen Rechts ergiebt, obwohl das nicht ausdrücklich angeordnet ist, dafs in Bezug auf diese oder jene einzelne Frage Beurteilung nach fremdem Recht einzutreten habe, und ferner, dafs dies nur in dem Falle geschehen solle, wo das deutsche Recht nach seinen eignen internationalrechtlichen Grundsätzen mafsgebend sein wolle. Gesetzt z. B. der Richter bei einem Erbfall befindet, dafs das eigne Recht seines Staats anzuwenden ist, weil dieses Recht Personalstatut des Erblassers war, und die Rechtsordnung seines Staats den internationalrechtlichen Grundsatz besitzt, dafs die Beerbung nach dem Personalstatut des Erblassers zu beurteilen sei. Hängt nun nach diesem materiellen Recht der Erbanspruch einer bestimmten Person davon ab, ob diese betreffende Person ein eheliches oder uneheliches Kind eines Anderen ist, so wird der Richter doch mangels eines besonderen Rechtssatzes über die Beurteilung der Ehelichkeit annehmen dürfen, dafs die materielle Rechtsordnung seines Staats eine Person als ehelich geboren ansehe, wenn sie nur nach den Grundsätzen ihres eignen Personalstatuts ehelich geboren sei, dafs also seine Rechtsordnung für die Beurteilung der Ehelichkeit stillschweigend auf ein eventuell fremdes Recht verweise, soweit eben die eigne Rechtsordnung überhaupt für die Beerbung mafsgebend ist [81]. Befindet der Richter hingegen, dafs der ganze Erbfall unter die Herrschaft eines bestimmten fremden Rechts falle, so wird er

[80] Ebenso Art. 24 Abs. 3; s. auch oben S. 234 fg.

[81] Dafs dieser Fall hier richtig als Beispiel angeführt ist, darüber siehe Zweiter Teil, I Buch, II Kap., I 1.

nach dem fremden Recht beurteilen müssen, ob überhaupt Ehelichkeit notwendig sei, und ferner auch, was unter 'Ehelichkeit' verstanden werden solle. Erteilt das fremde Recht auf die letztere Frage eine unmittelbare Antwort, so ist diese ausschlaggebend; enthält es auch wieder eine materielle Verweisung, so hat der Richter dieser zu folgen. Die materielle Verweisung betrifft hier die Ausdeutung des von der Rechtsordnung im Thatbestand des Rechtssatzes verwendeten Begriffs der Ehelichkeit; für die Ausdeutung einer ganzen Reihe von Begriffen wird eine ähnliche Verweisung als dem Willen des Gesetzes entsprechend anzunehmen sein; in den Abschnitten des zweiten Teils über die Eigenschaften von Personen und Sachen werden sich Einzelerörterungen hierüber finden. Die Schwierigkeit in diesen Fällen besteht nicht sowohl in dem Zweifel, ob der Satz, dafs der Inhalt dieses Begriffs nach fremdem Recht auszudeuten ist, Kollisionsnorm, ob materielle Verweisungsnorm sei, sondern in dem Zweifel, ob ein solcher Satz überhaupt existiere — dafs er, wenn er existiert, den Sinn einer materiellen Verweisung und nicht einer Kollisionsnorm hat, ist hingegen meist sicher. Wenn die Erkenntnis, ob eine solche stillschweigende Verweisung vorliege, sehr grofse Schwierigkeiten macht, so sind diese Schwierigkeiten doch keine anderen, als die in sonstigen Fällen, wo die Entwicklung des materiellen Inhalts der positiven Privatrechtsordnung in Frage steht, auftreten, und auch der Weg zur Lösung ist ganz der gleiche. Es handelt sich hier eben überhaupt nicht mehr um eine internationalrechtliche, sondern um eine rein materiellrechtliche Frage.

Umgekehrt: in den weitaus meisten Fällen wird sofort zweifellos sein, dafs die Norm, welche Beurteilung nach fremdem Recht vorschreibt, wirkliche Kollisionsnorm sein will: dieser ihr Charakter wird aus der gesamten Tendenz der Gesetzgebung, deren Teil sie ist, ohne weiteres erschlossen werden können. Es wird namentlich auch dann sicher sein, wenn der einzelne Satz in sachlicher Verbindung mit anderen Sätzen aufgestellt ist, denen unzweifelhaft der Charakter von Kollisionsnormen beiwohnt, z. B. wenn eine allgemeine Herrschaftsabgrenzung für das eigne und zugleich die fremden Rechte erfolgt (vgl. S. 255), oder wenn der einzelne Satz als Ausnahme zu einer unzweifelhaften Kollisionsnorm hinzutritt. Ja man wird, da in den gegenwärtigen Gesetzgebungen ein klares Bewufstsein über Wesen und Möglichkeit materieller Verweisungsnormen wohl überall fehlt, unbedenklich anzunehmen haben: jede Rechtsnorm, die Beurteilung nach fremdem Recht vorschreibt, ist im Zweifel

dahin aufzufassen, der Richter habe das fremde Recht schlechthin anzuwenden, ohne dafs er erst noch untersuchen dürfte, ob sein eignes Recht nach sonstigen Kollisionsnormen oder nach den subsidiären völkerrechtsmäfsigen Sätzen überhaupt anwendbar sei; sie ist also, wenn nicht das Gegenteil aus besonderen Gründen erhellt, als Kollisionsnorm und nicht als materieller Verweisungsrechtssatz aufzufassen.

Für die künftige Gesetzgebung wäre jedenfalls zu fordern, dafs sie den Unterschied zwischen Kollisions- und materiellen Verweisungsnormen zu deutlichem Ausdruck bringe. Will der Gesetzgeber auf eine Regelung der internationalrechtlichen Fragen durch Kollisionsnormen nicht verzichten, so müfste er die materiellen Verweisungsrechtssätze, die er einführen will, in der Form anschliefsen z. B.: 'soweit das inländische Recht mafsgebend ist, ist ein Rechtsgeschäft als formgerecht anzusehen, wenn seine Form dem Recht des Errichtungsorts entspricht' u. s. w. Verzichtet der Gesetzgeber aber auf eine Regelung der internationalrechtlichen Fragen und beläfst er es bei den aus dem Völkerrecht zu entnehmenden Folgerungen, so versteht sich von selbst, dafs jede weitere Anwendungsbestimmung, die er giebt, nur den Sinn einer materiellen Verweisung haben kann — eine Kollisionsnorm würde ja jener völkerrechtlichen Grundlage widersprechen. Immerhin wäre es auch in diesem Fall gut, die Natur der blofs materiellen Verweisungen dadurch aufser Zweifel zu stellen, dafs ihnen der Vordersatz gegeben würde: 'Soweit (nämlich nach den Grundsätzen des Völkerrechts) das inländische Recht mafsgebend ist' u. s. w.

An dieser Stelle mufs noch einmal ein Blick rückwärts auf die im vorigen Abschnitt verhandelte Frage der Rück- und Weiterverweisung geworfen werden. Wir gewannen das Ergebnis: befiehlt die Kollisionsnorm der lex fori dem Richter, dieses fremde Recht anzuwenden, so kommt das fremde materielle Recht nebst seinen materiellen Verweisungsnormen zur Anwendung, seine Kollisionsnormen aber, durch die etwa weiter- oder rückverwiesen wird, haben unbeachtet zu bleiben. Da erhebt sich denn die Frage: läfst sich nicht die Kollisionsnorm des fremden für mafsgebend erklärten Rechts in eine materielle Verweisungsnorm umdeuten und auf diese Weise aufrecht erhalten? Das fremde Recht hätte ja doch, da es für diesen Fall mafsgebend ist, die Rück- oder Weiterverweisung auf dem Wege einer materiellen Verweisungsnorm wirksam vornehmen können; es ist demnach sachlich mit der Kollisionsnorm nicht über den von der lex fori ihm zuerkannten

Herrschaftskreis hinausgegangen — mufs man also jene Frage nicht bejahen?

Indes jedenfalls wo das fremde Recht durch eine eigne Kollisionsnorm der lex fori für mafsgebend erklärt ist, da darf diese Umdeutung nicht stattfinden. Die Kollisionsnorm ist ein zwingender Befehl an den Richter, das fremde Recht so weit es materielles Recht ist anzuwenden; die Anwendungsnorm dieses fremden Rechts will aber selbst Kollisionsnorm und nicht materielles Recht sein. Über diesen in der Kollisionsnorm des eignen Rechts liegenden Befehl kann der Richter nicht hinüber. Und ebenso steht es auch dann, wenn die lex fori keine Kollisionsnormen enthält, sondern der Richter einfach die dem Völkerrecht entsprechenden Sätze beobachtet. Denn auch diese Sätze führen ihn ausschliefslich darauf hin, das fremde materielle Recht und nicht die fremden Kollisionsnormen anzuwenden. Nein, die Theorie, welche die in den Kollisionsnormen des fremden Rechts enthaltenen Rück- und Weiterverweisungen beachtlich sein lassen will, läfst sich auch auf diese Weise nicht stützen. Nur eines ist zuzugeben. Unter Umständen kann eine wohlwollende und beherzte Auslegung der fremden Kollisionsnorm ergeben, dafs sich in ihr zugleich eine materielle Verweisungsnorm versteckt, oder vielleicht genauer gesagt, es kann sich herausstellen, dafs das fremde Recht, wenn es den Unterschied zwischen Kollisonsnormen und materiellrechtlichen Verweisungssätzen gekannt hätte, jedenfalls auch einen materiellrechtlichen Verweisungssatz — sei es anstatt, sei es neben der Kollisionsnorm — aufgenommen haben würde. In einem solchen Falle, und nur in ihm, würde es wohl erlaubt sein, die fremde Kollisionsnorm praktisch als materiellrechtliche Verweisungsnorm zu behandeln: dies würde z. B. meines Erachtens meist mit dem Satz locus regit actum geschehen dürfen. —

Demnach ergiebt sich folgende Behandlung der einzelnen internationalen Rechtsfrage.

Der Richter sieht zunächst zu, ob seine lex fori Kollisionsnormen enthält, und welches Recht diesen zufolge mafsgebend ist; fehlen Kollisionsnormen, so bestimmt er das mafsgebende Recht nach völkerrechtlichen Grundsätzen. Urteilt er hiernach, dafs sein eignes Recht anwendbar sei, so bringt er sein eignes materielles Recht zur Anwendung, soweit dieses jedoch materielle Verweisungsnormen enthält, wendet er das fremde materielle Recht an, auf das er verwiesen ist; weitere materielle Verweisungsnormen in diesem fremden Recht läfst er unbeachtet. Findet er hingegen, dafs nach den für ihn geltenden Anwendungsnormen ein fremdes Recht mafs-

gebend sei, so bringt er dies fremde materielle Recht zur Anwendung; soweit das fremde Recht materielle Verweisungsnormen enthält, folgt er diesen, kann also auf die Anwendung des eignen Rechts zurück- oder eines dritten Rechts hinkommen, wobei er dann stehen bleibt. Die Kollisionsnormen des fremden Rechts hingegen, durch welche dieses das eigne Recht des Richters oder ein drittes als maſsgebend setzt — und im Zweifel sind alle Rechtssätze, durch welche das fremde Recht Anwendung eines dritten Rechts oder der lex fori selbst anordnet, als Kollisionsnormen zu betrachten —, läſst er unbeachtet.

III. Anwendungsnorm und materiellrechtlicher Dispositivsatz.

1. Wirkliche Parteibestimmung[82].

Häufig findet sich der Satz, die Parteien könnten selbst das anzuwendende Recht im voraus bestimmen, sich diesem oder jenem Recht „unterwerfen". Daſs dies nicht in dem Sinne richtig ist, als könnten sie wirklich eine Kollisionsnorm, wenn auch nur für ihren einzelnen Fall schaffen, wurde schon S. 160 gesagt. Immer ist es auch in einem solchen Fall das Gesetz selbst, welches das anwendbare Recht bestimmt; nur thut es dies in mittelbarer Weise, indem es der Parteibestimmung Kraft verleiht. Wiederum wird die Frage wichtig, ob ein solcher, die Parteibestimmung gestattender Rechtssatz Anwendungsnorm oder materiellrechtlicher Satz ist.

a. Die Gestattung der Parteibestimmung als materiellrechtlicher Satz.

Man unterscheidet die Rechtssätze ihrem Charakter nach als zwingendes und nichtzwingendes Recht: letzteres tritt nur dann in konkrete Wirksamkeit, wenn die Partei nichts anderes bestimmt hat. Es kommt in zwei verschiedenen Arten vor[83]. Einmal dient es dazu, bei Rechtsgeschäften den unvollständigen Parteiwillen zu ergänzen — der Name ergänzendes Recht ist für diese Art nichtzwingenden Rechts passend. Es giebt aber zweitens auch nichtzwingendes Recht, welches dazu da ist, auſserhalb eines Rechtsgeschäfts die Verhältnisse der Parteien zu regeln, und nur die Eigentümlichkeit hat, durch einen entgegenstehenden Parteiakt ausgeschlossen zu werden. Es soll hier nicht einen unvollständigen

[82] S. v. Bar II S. 3—6, Niemeyer S. 71—76, Neumann S. 144.
[83] S. Hölder, Pandekten I S. 66 fg.

Parteiwillen ergänzen sondern selbständig die Verhältnisse regeln, nur dafs es einem etwaigen entgegenstehenden Parteiwillen gegenüber sich nachgiebig zeigt; für diese Art des nicht zwingenden Rechts empfiehlt sich der Name nachgiebiges Recht. Dafs die Partei gegenüber beiden Arten von Rechtssätzen materiellrechtlich etwas anderes bestimmen kann, beruht natürlich auch wieder auf einem Rechtssatz; man hat ihn als den dispositiven Rechtssatz bezeichnet[84]. Der dispositive Rechtssatz lautet lediglich: die Rechtsverhältnisse sollen sich so ordnen, wie die Partei oder die Parteien es bestimmen. Schranken hierfür setzt das ius cogens; soweit die Parteibestimmung ausbleibt, tritt als Ersatz das ergänzende oder nachgiebige Recht ein. Selten wird indes der dispositive Rechtssatz besonders ausgedrückt; er ist von selbst dadurch gegeben, dafs die Vorschriften des ius cogens nur Schranken einer Bestimmungsmacht der Parteien sein wollen, die sie demnach voraussetzen müssen.

In welcher Form und Weise die Parteien innerhalb der ihnen durch das zwingende Recht gezogenen Schranken von dem dispositiven Rechtssatz Gebrauch machen, die Rechtsfolgen also bestimmen wollen, das steht in ihrem Belieben; wie sie ihre Bestimmungen jede für sich ihrem Inhalt nach treffen können, so können sie das auch in abgekürzter Form thun, indem sie auf ein früheres Gesetz verweisen und ebenso auch, indem sie auf ein fremdes Gesetz verweisen, während nach internationalrechtlichen Grundsätzen an sich das einheimische Gesetz mafsgebend ist, also mangels jener Verweisung auch mit seinen subsidiären Bestimmungen Platz greifen würde. (Dem steht es natürlich durchaus gleich, wenn sie auf das einheimische Gesetz verweisen, während an sich ein bestimmtes fremdes Gesetz mafsgebend ist; der Kürze halber wird im folgenden nur von der Verweisung auf fremdes Recht gesprochen, das einheimische Recht also immer als an sich mafsgebend gedacht.) Es trägt zur Erkenntnis des Wesens dieser Thatsache bei, wenn man bedenkt, wie oft die Parteien auch bestätigend auf die Bestimmungen des eignen Rechts, obwohl es schon an sich mafsgebend ist, verweisen, z. B. sagen: bezüglich dieser oder jener Punkte sollen die gesetzlichen Bestimmungen Platz greifen; ja die eigne

[84] So Bülow, Archiv für die civil. Praxis 64 S. 9; andere sprechen hier von 'ermächtigendem Recht'; dieser Ausdruck verführt aber, an Rechtssätze zu denken, welche eine materiellrechtliche Macht im Sinn eines subjektiven Rechts verleihen.

Rechtsordnung kann auch zur Erleichterung der Parteibestimmung (freilich geschieht das nicht allein dieses Zwecks halber) mehrere Systeme rechtlicher Regelung aufstellen und den Parteien überlassen, eines davon zu willküren, wenn sie nicht specielle Bestimmungen treffen wollen: so hat es das deutsche Gesetzbuch für das eheliche Güterrecht gemacht.

Die Möglichkeit einer solchen abgekürzten Bestimmung der Rechtsfolgen reicht so weit, wie eben der dispositive Rechtssatz reicht, d. h. wie überhaupt die Rechtswirksamkeit des Parteiwillens anerkannt ist: sie hat deshalb auch nicht blofs auf dem Gebiete obligatorischer Verträge Wert, sondern wirkt ebenso auch im Familiengüterrecht, im Erbrecht und sogar im Sachenrecht. Wie aber die Rechtsordnung die Möglichkeit der Parteibestimmung beliebig einschränken kann, und zwar nicht blofs inhaltlich durch Schaffung von ius cogens, sondern auch in anderer Weise, insbesondere zeitlich (z. B. indem sie die Abänderung des Güterrechts durch Ehevertrag nach geschlossener Ehe verbietet), so kann sie auch gerade der Art der Parteibestimmung, die durch Verweisung auf fremdes Gesetz erfolgt, Schranken ziehn oder gar sie ganz verbieten. Das thut beispielsweise § 1433 des BGB., indem er sagt: „Der Güterstand kann nicht durch Verweisung auf ein nicht mehr geltendes oder auf ein ausländisches Gesetz bestimmt werden“ [85]. Im Zweifel ist indes keinerlei solche Beschränkung des allgemeinen Dispositivsatzes anzunehmen. Die Parteibestimmung durch Verweisung auf fremdes Recht ist eben nur eine Art der Parteibestimmung und steht ganz unter den allgemeinen Regeln. Gerade weil sie nur eine solche Besonderung ist, braucht sie auch gar nicht besonders gestattet zu werden. Und daraus ergiebt sich umgekehrt: wenn eine Rechtsordnung noch eigens sagt, die Parteien könnten auch auf die Bestimmungen eines auswärtigen Rechts verweisen, oder in anderer Fassung: sich einem auswärtigen Recht unterwerfen, so ist man eher versucht, das nicht blofs als eine ausdrückliche Bestätigung dessen aufzufassen, was schon stillschweigend Rechtens ist, sondern darin den Ausdruck dafür zu sehen, dafs die Partei bei dieser Art Bestimmung noch freier als sonst sei. Insbesondere könnte hier vielleicht in Frage kommen, ob nicht, wenn diese Macht uneingeschränkt derartig eingeräumt wird, damit gemeint ist, dafs auch die Rechtssätze, welche im übrigen zwingenden

[85] Bedenken gegen diesen Satz (§ 1332 des Entwurfs II) s. bei Niemeyer S. 74 fg.

Charakter haben, auf diese Weise alle oder zum Teil abgeändert werden können. Diese Frage ist indes nicht allgemein zu bejahen, sie kann vielmehr nur durch Auslegung des einzelnen Gesetzes, das die Verweisung gestattet, gelöst werden.

Wie weit die Parteien auf das fremde Recht verweisen können, wurde soeben besprochen; wie weit sie es wirklich thun, das hängt von ihrer Willkür ab. Sie mögen z. B. nur die Rechtsfolge eines von ihnen besonders genannten Thatbestandes durch Verweisung auf einen Rechtssatz bestimmen, der diese Rechtsfolge selbst vielleicht an einen anderen Thatbestand bindet; sie mögen auch eine von ihnen besonders genannte Rechtsfolge an einen Thatbestand knüpfen, den sie durch Verweisung auf einen Rechtssatz bezeichnen; sie mögen endlich zugleich für Thatbestand und Rechtsfolge auf den Rechtssatz verweisen. In allen Fällen bleibt zu erörtern, welchen Sinn die Parteibestimmung hat. Die Parteien verweisen auf das fremde materielle Recht. Sie verweisen also jedenfalls nicht auf die der fremden Rechtsordnung angehörigen Kollisionsnormen, so dafs erst diesen Kollisionsnormen gemäfs das anwendbare Recht bestimmt werden müfste. Ebenso sicher aber ist, dafs sie im Zweifel auch nur auf das fremde materielle Recht unmittelbar verweisen, d. h. ohne Rücksicht auf etwaige materiellrechtliche Verweisungen des fremden Rechts. Der Beweis, dafs diese Auslegung des Parteiwillens richtig ist, liegt auch hier ebenso wie bei dem unmittelbaren materiellrechtlichen Verweisungssatz darin, dafs kein vernünftiges Motiv zu entdecken ist, welches den Parteien eine Berücksichtigung der fremden materiellen Verweisungsrechtssätze empfehlen könnte.

Klar ist bei alledem, dafs ein solcher die Parteiverweisung gestattender Rechtssatz, weil er ja nur eine Besonderung des allgemeinen dispositiven Rechtssatzes ist, ebenso wie auch der sie verbietende Rechtssatz nichts anderes ist als eine materiellrechtliche Bestimmung; mit dem internationalen Privatrecht hat er an sich gar nichts zu thun. Er kann deshalb auch niemals zu Kollisionen führen und ist vom völkerrechtlichen Standpunkt aus in keiner Weise zu beanstanden. Da er materielles Recht ist, kommt er eben nur soweit zur Anwendung, wie überhaupt diese Rechtsordnung, deren Teil er bildet, zur Anwendung kommt. Wenn also der Richter einen Fall zu entscheiden hat, bei dem die Parteien auf ein bestimmtes Recht verwiesen haben, so hat er zunächst nach den Kollisionsnormen seines Staats und in deren Ermangelung nach den völkerrechtsmäfsigen Grundsätzen die Vorfrage zu entscheiden, welche Rechtsordnung für die Entscheidung des Falls mafsgebend

ist. Aus der hiernach als mafsgebend erkannten Rechtsordnung hat er dann zu entnehmen, ob überhaupt eine Parteiverweisung möglich und in welchen Schranken sie wirksam war. Haben z. B. die Ehegatten ihren Güterstand durch Verweisung auf ein ausländisches Gesetz bestimmt, so hat der Richter zuerst die internationalrechtliche Frage zu entscheiden, welche Rechtsordnung mafsgebend ist. Den deutschen Richter würde dabei Art. 15 des E G. leiten, welcher Anwendung des deutschen Gesetzes befiehlt, wenn der Ehemann zur Zeit der Eheschliefsung ein Deutscher war. Findet der Richter hiernach das deutsche Recht anwendbar, so würde er nunmehr die materiellrechtliche Bestimmung des § 1433 des BGB. anzuwenden haben, wonach der Güterstand nicht durch Verweisung auf ein ausländisches Gesetz bestimmt werden kann. Findet der Richter hingegen, dafs eine bestimmte fremde (dritte) Rechtsordnung anwendbar sei, so kommt der § 1433 nicht in Betracht; er mufs dann vielmehr untersuchen, ob nach dieser fremden Rechtsordnung Verweisung auf ein ausländisches Gesetz statthaft ist.

Insbesondere mufs weiter aus der als mafsgebend ermittelten Rechtsordnung entnommen werden, ob durch die Verweisung auf fremdes Recht auch zwingende Vorschriften des mafsgebenden Rechts abgeändert werden konnten und welche Vorschriften des mafsgebenden Rechts zwingender Natur sind. Erkennt also die lex fori einer bestimmten Vorschrift zwingende Kraft nicht zu, die mafsgebende Rechtsordnung aber will sie zwingend sein lassen, so ist nicht die Anschauung der lex fori, sondern die der mafsgebenden Rechtsordnung zu Grunde zu legen[86]. Endlich sind auch die rechtsgeschäftlichen Erfordernisse der Parteibestimmung (Geschäftsfähigkeit, Irrtum, Konsens u. s. w.) nach dem mafsgebenden Recht zu bestimmen. Kurz, der die Parteiverweisung gestattende, einschränkende, verbietende Rechtssatz ist ein materieller Rechtssatz gerade wie die im vorigen Abschnitt besprochene materielle Verweisungsnorm, und ist praktisch gerade so wie diese zu behandeln.

b. Die Gestattung der Parteibestimmung als Kollisionsnorm.

Kann aber der die Parteiverweisung gestattende Rechtssatz (und analog steht es mit einem sie einschränkenden) nicht auch wahre Kollisionsnorm sein wollen? Wenn er das sein will, so sagt

[86] sofern nicht etwa die lex fori in dieser bestimmten Beziehung jedenfalls angewendet sein will, weil jede von ihr abweichende Bestimmung ihr als ‹unsittlich› gilt, s. unten IV Kapitel, I.

er nicht: falls die internationalrechtliche Frage dahin entschieden wird, dafs meine Rechtsordnung anwendbar ist, soll das als Recht gelten, was von den Parteien durch Verweisung bestimmt ist, sondern er entscheidet die internationalrechtliche Frage selbst, er bezeichnet selbst das mafsgebende Recht, nur nicht unmittelbar, sondern durch das Merkmal, dafs es das von den Parteien gewillkürte sei. Da aber der Fall, dafs die Parteien kein Recht willküren, nahe liegt, mufs zugleich auch immer bestimmt sein, welche Rechtsordnung in Ermangelung einer Parteiwillkürung mafsgebend sei: es kann das das eigne Recht, dem die Kollisionsnorm angehört, oder ein drittes sein. Man sieht hieraus: eine solche Kollisionsnorm steht inhaltlich derjenigen nahe, welche die Bestimmung des mafsgebenden Rechts von dem Inhalt einer fremdrechtlichen Kollisionsnorm abhängig macht. Es handelt sich auch hier um eine mittelbare und bedingte Bestimmung des mafsgebenden Rechts.

Die praktische Behandlung einer solchen Kollisionsnorm im Gegensatz zu dem blofs materiellrechtlichen Satz, der die Parteiverweisung gestattet, ist dieselbe wie die jeder anderen Kollisionsnorm. Nur prägt sich der Gegensatz hier weniger scharf aus als bei der Gesetzesverweisung auf fremdes Recht. Denn der Satz, dafs die Parteien, soweit das dispositive Recht reicht, selbst das anzuwendende Recht bestimmen können, ist an sich — d. h. so lange er von der einzelnen Rechtsordnung nicht besonders aufser Kraft gesetzt ist — materiellrechtlicher Bestandteil jeder einzelnen Rechtsordnung, er ist es eben dadurch, dafs diese Rechtsordnung überhaupt die Parteidisposition zuläfst. Dieser materiellrechtliche Rechtssatz, der gar keiner Bestätigung durch eine besondere Formulierung im Gesetz bedarf, hört dadurch nicht auf zu existieren, dafs neben ihn noch eine Kollisionsnorm tritt. Dieselbe Rechtsordnung enthält nunmehr also den materiellrechtlichen Satz, dafs Parteiverweisung gestattet sei, soweit die eigne Rechtsordnung mafsgebend ist, und zugleich die Kollisionsnorm, dafs das von den Parteien gewillkürte Recht mafsgebend sein solle. Die praktische Behandlung ist demnach folgende. Der eigne Richter legt diese Kollisionsnorm zu Grunde, d. h. er wendet das Recht, auf das die Partei verwiesen hat, an, selbst wenn das nach sonstigen internationalrechtlichen Grundsätzen mafsgebende Recht die Parteiverweisung verbietet. Der fremde Richter hingegen bestimmt die Wirksamkeit der Parteiverweisung zunächst nach einer etwaigen Kollisionsnorm seines Rechts und im übrigen nach den materiellrechtlichen Bestimmungen des Rechts, das er internationalrechtlich als mafsgebend erkennt. Verfügt dieses als

mafsgebend erkannte Recht selbst die Wirksamkeit der Parteiverweisung durch eine Kollisionsnorm, so beachtet der Richter zwar nicht diese Kollisionsnorm als solche, wohl aber die in ihr liegende oder neben ihr stehende materiellrechtliche Bestimmung.

Hiermit zeigt sich aber sogleich, dafs jede solche Kollisionsnorm an einem Widerspruch leidet oder vielmehr allein für sich nicht ausreicht, das mafsgebende Recht zu bestimmen. Denn die Bestimmung des mafsgebenden Rechts soll von der Parteiwillkürung abhängen — das sagt die Kollisionsnorm. Aber was für ein Gesetz entscheidet denn nun, ob die Parteiwillkürung selbst giltig ist? also insbesondere welches die Erfordernisse einer giltigen Parteiwillkürung sind — man denke nur an Handlungsfähigkeit der Parteien, Irrtum, Konsens — und welches die Schranken des ius cogens sind? Das hierüber entscheidende Recht kann, sofern die Kollisionsnorm das anordnet, das durch die Parteiverweisung bezeichnete Recht sein: aber ein seltsames Verhältnis bleibt dies doch und logisch jedenfalls ein nachher vorher; angenommen kann dieser Wille der Kollisionsnorm jedenfalls nicht werden, wie ja auch die Parteiwillkürung sogar dann giltig sein soll, wenn etwa das durch die Verweisung bestimmte Recht eine Parteiverweisung überhaupt für unzulässig erklären sollte. Vielmehr wird in der Regel ein anderes Recht über die Giltigkeit und Grenzen der Parteiwillkürung entscheiden müssen. Welches Recht dies sein soll, tritt in den wirklich vorkommenden Kollisionsnormen nicht hervor, sie lassen hier eine Lücke[87]. Ist es das nach sonstigen Kollisionsnormen des Staats mafsgebende Recht, so liegt in Wahrheit in der Verweisung auf die Parteiwillkürung gar keine Kollisionsnorm, sondern nur eine überflüssige Verweisung auf den materiellen Inhalt des fremden Rechts, das als mafsgebend erst durch eine internationalrechtliche Vorentscheidung festgestellt werden mufs[88]. Soll hingegen über Giltigkeit und Schranken der Parteiverweisung das eigne Recht, dem die Kollisionsnorm angehört, entscheiden, obwohl es selbst im übrigen, also mangels einer Parteiverweisung, nicht mafsgebendes Recht sein will, so liegt ein ganz schiefes Verhältnis vor: die rechtsgeschäftlichen Erfordernisse specieller Parteibestimmungen würden nach dem mafsgebenden fremden Recht, die einer abgekürzten allgemeinen Bestimmung nach der lex fori beurteilt

[87] S. z. B. die Bestimmung in Serbien C. c. Art. 6 (Neumann Nr. 270).

[88] So ist doch wohl § 18 des Sächs. GB. und § 34 des Entwurfs Gebhard aufzufassen.

werden müssen; welche Schranken ferner das ius cogens zieht, würde für die abgekürzte allgemeine Parteibestimmung wieder nach der lex fori, für die specielle nach dem mafsgebenden Recht beurteilt werden müssen; die lex fori würde letzterenfalls nur soweit in Betracht kommen, als sie selbst für den Inhalt jeder Parteibestimmung gewisse unbedingt einzuhaltende Schranken fordert, Schranken, die sich indes mit dem was ius cogens ist nicht decken; jedenfalls würde das fremde mafsgebende Recht soweit in Betracht kommen müssen, als sein ius cogens weiter geht wie das der lex fori. Alles dies wäre, wie man sofort einsieht, im Ergebnis geradezu sinnlos. Und dieser Einwand trifft natürlich auch gegen die beiden anderen vorher besprochenen Inhalte zu, welche die Kollisionsnorm möglicherweise in dieser Beziehung haben kann. Endlich könnte noch die Auffassung in Frage kommen, dafs über Giltigkeit und Schranken der Parteiverweisung in allen Beziehungen das mafsgebende Recht entscheiden solle, und dafs nur, wenn überhaupt die abgekürzte Parteibestimmung durch Verweisung auf fremdes Recht in dem mafsgebenden Recht verboten sei (wie beispielsweise in dem angeführten § 1433 des deutschen BGB.), dieses Verbot unbeachtlich sein solle.

Denkbar ist ja nun der eine oder andere dieser Gesetzesinhalte, und dann läge in Wahrheit eine Kollisionsnorm vor, eine Kollisionsnorm, die wie alle Kollisionsnormen vom völkerrechtlichen Standpunkt aus völlig verwerflich wäre; im Zweifel indes, und namentlich dann, wenn über die Frage, welches Recht über Erfordernisse und Schranken der Parteiwillkür bestimmen soll, garnichts gesagt ist, wird man in allen den Rechtssätzen, welche die Parteiverweisung betreffen, nicht Kollisionsnormen sondern materiellrechtliche Sätze zu sehen haben. Soweit sie für den Fall der Anwendbarkeit fremden Rechts gemeint sind, sind sie durchaus wertlos: es kann nicht Aufgabe unserer Rechtsordnung sein, dem Richter Belehrung über den materiellrechtlichen Inhalt fremder Rechtsordnungen zu erteilen; soweit sie für den Fall der Anwendbarkeit des eignen Rechts gemeint sind, sind sie jedenfalls entbehrlich, da sie, wie früher gesagt, nur eine Bestätigung dessen enthalten, was schon aus dem allgemeinen dispositiven Rechtssatz hervorgeht. Irreführend war hiernach die Formulierung des Entwurfs Gebhard § 34[89]: „Soweit Rechtsverhältnisse durch die Willkür der Beteiligten bestimmt werden können, ist den letzteren gestattet, festzusetzen, dafs statt des an

[89] Mit geringer stilistischer Änderung gleich § 18 des Sächs. GB.

sich mafsgebenden Rechts ein anderes Recht zur Anwendung kommt". Besser war Niemeyers Entwurf § 2: „Eine rechtsgeschäftliche Unterwerfung unter ein bestimmtes Recht ist insoweit wirksam, als dasjenige Recht, welches gemäfs den folgenden Regeln für das Rechtsverhältnis sonst mafsgebend sein würde, dem Privatwillen nachgiebt". (Vollständig wäre übrigens auch diese Bestimmung nicht, da sie die Beurteilung der Erfordernisse der Parteiunterwerfung und die Möglichkeit solcher Sätze, wie § 1433 des BGB. einer ist, nicht berücksichtigt). Sachlich zutreffend ist die beschränktere Bestimmung des Referentenentwurfs § 34: „Soweit der Inhalt eines nach den deutschen Gesetzen zu beurteilenden Rechtsverhältnisses durch den Willen der Beteiligten bestimmt werden kann, kann derselbe auch durch Bezugnahme auf nicht mehr geltende oder auf ausländische Gesetze bestimmt werden". Am besten ist es, jeden solchen Satz fortzulassen: so hat es das neue Einführungsgesetz gemacht.

2. Fingierte Parteibestimmung.

Ob die Parteibestimmung, durch die auf das fremde Recht verwiesen wird, ausdrücklich oder stillschweigend erfolgt ist, bleibt sich, sofern die Rechtsordnung nicht besonders eine ausdrückliche Erklärung fordert[90], gleich, weil überhaupt in wohl allen Rechtsordnungen die Regel gilt, dafs die stillschweigende Erklärung im Zweifel mit der ausdrücklichen gleiche Kraft habe. Zum Überflufs wird noch sehr häufig und in den verschiedensten Wendungen in den Gesetzen gesagt, dafs es für die Bestimmung des mafsgebenden Rechts durch die Parteien einer ausdrücklichen Erklärung nicht bedürfe[91]; gern wird dabei für die Ermittlung dieses Willens

[90] Vgl. Serbien C. c. Art. 40 a. E. bei Niemeyer Nr. 416, auch Liv-Esth- u. Kurländ. Privatrecht Art. XXXV bei Neumann Nr. 290, wobei hier dahingestellt bleiben mag, ob das ‘ausdrücklich’ ernsthaft zu nehmen ist.

[91] „Ausdrücklicher oder stillschweigender Wille" Japan bei Neumann Nr. 267; „intention des parties, constatée expressément ou manifestée par les circonstances" Belgischer Entwurf bei Neumann Nr. 278, s. auch Nr. 277; „wenn nach den Umständen des Falles die Anwendbarkeit . . . als gewollt anzusehen ist" Deutscher Entwurf I § 5 bei Neumann Nr. 274; „ausdrückliche oder aus schlüssigen Thatsachen hervorgehende Bestimmungen" Schaffhausen und Zürich bei Niemeyer Nr. 65 und 68; „örtliches Recht, welches nach der besonderen Übereinkunft der Kontrahenten oder nach der inneren Natur des Verhältnisses als einverstanden erscheint" Zürich bei Neumann Nr. 265, Schaffhausen und Zug bei Niemeyer Nr. 415, 419; „unless the

nicht nur auf die „Umstände des Falles“ sondern auch auf die „Natur des Rechtsgeschäfts“ abgestellt.

Von einer wahren stillschweigenden Willenserklärung ist indes doch nur da zu reden, wo ein Wille auch wirklich vorhanden war. Nach zwei Richtungen wird aber, gerade was die Parteiverweisung auf fremdes Recht betrifft, über dieses Erfordernis hinausgegangen: die Unfertigkeit und Verworrenheit der Lehre von der stillschweigenden Erklärung[92] spiegelt sich deutlich auch in den Gesetzen, der Litteratur und der Rechtsprechung über die ‘stillschweigende Unterwerfung unter fremdes Recht’ wieder.

a. Die eine Erweiterung ist die. Die Parteien haben ein bestimmtes Recht dem Gesetz nach für anwendbar gehalten und eben dieser Meinung halber keinerlei Grund gehabt, seine Anwendbarkeit noch zu wollen. Hier fehlt der Wille, aber die Vorstellung der Anwendbarkeit des fremden Rechts ist wenigstens vorhanden gewesen. Ist dieses Recht nach der geltenden Anwendungsnorm wirklich anwendbar, so ist alles in Ordnung; ist es in Wahrheit nicht anwendbar, so mufs ein Irrtum der Parteien obwalten. Wollte man nun blos auf die wirkliche Willenserklärung abstellen, so würde nicht das für anwendbar gehaltene sondern das unmittelbar gemäfs der Anwendungsnorm anwendbare Recht anzuwenden sein; nicht selten wird hier aber der Meinung der Parteien dieselbe Kraft beigelegt wie einem Willensakt. Gleichgiltig bleibt dabei, ob die Parteien, wenn sie gewufst hätten, dafs nach der geltenden Anwendungsnorm nicht das von ihnen gedachte sondern ein anderes Recht anwendbar sei, die Anwendung des ersteren wirklich gewollt haben würden. So wird dasjenige Recht für anwendbar erklärt, das die Parteien bei der Geschäftserrichtung „im Sinne hatten“[93] oder „zu Grunde gelegt haben“[94], oder „im Hinblick auf welches“ sie das Geschäft errichtet haben[95], oder auf das sie bei der Geschäftserrichtung „Bedacht genommen“[96], das sie als anwendbar

parties have agreed otherwise, or by the nature of the deed or from other circumstances it appears that the intention of the parties was to be governed by the law of another place“ Nieder-Canada bei Neumann, Nr. 38.

[92] Zitelmann, Die Rechtsgeschäfte im Entwurf I S. 95.

[93] Montenegro bei Neumann Nr. 264.

[94] Aargau, Solothurn, Unterwalden, Luzern bei Neumann Nr. 271, 275, 276, 285; Österr. BGB. § 37.

[95] Serbien C. c. Art. 6 „qu’il n’ait eu en vue la loi étrangère“ bei Neumann Nr. 270.

[96] Österr. BGB. § 36.

„vorausgesetzt“ haben[97] [98], und dabei wird dann bald erfordert, dafs diese Ansicht der Parteien „offenbar“ sein[99] oder „bewiesen“ werden[100] müsse, bald nur dafs sie sich „aus den Umständen ergebe“ [101] oder dafs sie „nach der Natur des Rechtsgeschäfts oder anderen Umständen anzunehmen“ sei[102].

b. Der Fall kann aber auch so liegen, dafs die Parteien an die Anwendbarkeit eines bestimmten Rechts überhaupt nicht gedacht sondern diese Frage sich garnicht zum Bewufstsein gebracht haben, dafs sie aber, auf diese Frage aufmerksam gemacht, dieses bestimmte Recht entweder für anwendbar gehalten oder gar seine Anwendbarkeit ausdrücklich bestimmt haben würden[103]. Auch dieser „präsumtiven Intention“ der Parteien, dieser „ergänzten Parteiabsicht“ wird Folge gegeben; so heifst es in dem Gesetzbuch Montenegros[104], das erwähnenswert ist, weil es mehrere Fälle deutlich trennt, die Vertragswirkungen würden „nach den Gesetzen jenes Ortes beurteilt, den die Parteien bestimmt haben, oder von welchem nach der Natur des Rechtsgeschäftes oder anderen Umständen anzunehmen ist, dafs ihn die Parteien bei der Vertragschliefsung im Sinne hatten, oder der bestimmt worden wäre, wenn sie daran gedacht hätten“.

[97] Deutsche Vorentwürfe I und II, mit der eigentümlichen Wendung, dafs die Parteien die Anwendung „voraussetzen mufsten“ (Referenten-Entwurf § 11), oder gar „vernünftiger Weise auf Grund der Umstände voraussetzen mufsten“ (Entwurf Gebhard § 11).

[98] Dem gegenüber hat das Reichsgericht Entsch. 36 S. 33 fg. erklärt: „Dafs beide Parteien davon ausgegangen sind, das deutsche Recht sei entscheidend, genügt nicht.“ Vielleicht ist hierbei nur daran gedacht, dafs die Parteien im Prozefs von der Anwendbarkeit des deutschen Rechts ausgegangen sind, nicht dafs sie es schon bei Abschlufs des Rechtsgeschäfts gethan haben. Indes auch auf diesen Fall darf jene Bemerkung des Reichsgerichts bezogen werden, denn die Entscheidung fährt fort, eine Ausnahme von der Anwendung des an sich mafsgebenden Rechts könne nur „bei ausdrücklich erklärtem oder konkludentem Willen der Parteien begründet werden“; die im Text besprochene ‘Erweiterung’ scheint mir damit abgelehnt.

[99] Österr. BGB. § 37.

[100] Österr. BGB. § 36, Solothurn und Luzern oben Note 94.

[101] Deutsche Vorentwürfe oben Note 97.

[102] Montenegro oben Note 93.

[103] Diesen Fall erwähnt Niemeyer S. 75 fg. 237, s. auch v. Bar II S. 5 fg. Vgl. RG. Entsch. 12 S. 37 vor Abs. 1. — Über die „ergänzte Parteiabsicht“ überhaupt s. das in Note 92 citierte Buch I S. 95—96.

[104] Oben Note 93. — Im Liv-Esth- und Kurländischen Privatrecht Art. XXXV (Neumann Nr. 290) wird die Unterwerfung unter ein bestimmtes

Auch für alle diese Erweiterungen wird häufig der Ausdruck 'stillschweigende' Erklärung verwendet, und dadurch wird nun zweifelhaft, ob und wie weit die Gesetze, wenn sie einfach auf den Parteiwillen verweisen und insbesondere wenn sie noch besonders den stillschweigend erklärten Willen als genügend bezeichnen, auch diese Erweiterungen mit haben gelten lassen wollen. Diese Frage läfst sich natürlich nicht allgemein beantworten sondern nur aus der einzelnen Rechtsordnung heraus: dort mufs sie im Zusammenhang einer Betrachtung der gesamten Lehre von der sogen. stillschweigenden Willenserklärung gelöst werden.

Soweit sich nach alledem in einer bestimmten Rechtsordnung der Rechtssatz als geltend ergiebt, dafs die fingierte Parteibestimmung in diesem oder jenem Umfange der wirklichen gleichstehen solle, wiederholen sich alle die Erörterungen, die für die letztere oben angestellt wurden. Insbesondere also ist auch jener Satz im Zweifel lediglich als materiellrechtlicher und nicht als Kollisionsnorm aufzufassen, er kommt daher nur zur Anwendung, wenn das Recht, dem er angehört, überhaupt nach den internationalprivatrechtlichen Grundsätzen mafsgebend ist.

Drittes Kapitel.

Anwendungsnormen und Prozefsrecht.

Die innerstaatlichen Anwendungsnormen sind öffentliches Recht des Staats, nicht Privatrecht — die actio finium regundorum zwischen beiden Rechtsgebieten wurde im vorigen Kapitel durchgeführt. Sie sind öffentliches Recht, und zwar öffentliches Recht sui generis, am nächsten verwandt mit den Rechtssätzen, welche die Gesetzgebungsgewalt des Staats nach innen hin betreffen (s. oben S. 200). Insbesondere sind sie, obwohl sie dem Richter Pflichten auferlegen, nicht Sätze des Prozefsrechts: internationales Privatrecht und Prozefsrecht sind ihrem Wesen nach durchaus verschiedene Rechtsteile. Darum müssen sie auch in der Untersuchung und Darstellung streng

Recht sogar immer 'angenommen' (also unter Umständen fingiert), wenn nicht eine ausdrückliche Einigung auf ein anderes Recht erfolgt ist. S. oben Note 90.

getrennt werden: wie Normen des internationalen Privatrechts sich nicht in das Prozefsrecht verirren dürfen, so sind umgekehrt auch die Sätze des Prozefsrechts aus den Darstellungen des internationalen Privatrechts fern zu halten. Dafs insbesondere die Grundsätze des sogen. internationalen Civilprozefsrechts, vor allem auch die über die Anerkennung ausländischer Urteile und ihre Vollstreckbarkeit im Inlande trotz ihres Wirkungszusammenhangs mit den Grundsätzen des internationalen Privatrechts einen eignen Rechtsteil für sich neben dem internationalen Privatrecht bilden und gesondert zu behandeln sind, wurde bereits in der Einleitung gesagt. Ebenso steht es mit allen sonstigen Sätzen des Prozefsrechts.

Die hier geforderte Trennung beider Rechtsteile wird in den vorhandenen Darstellungen im wesentlichen vollkommen durchgeführt; ob ein einzelner Satz Prozefsrechtssatz oder Internationalrechtssatz ist, unterliegt auch fast nie einem Zweifel. Nur nach einer Richtung hin pflegt eine Grenzverwirrung zwischen Prozefsrecht und Internationalprivatrecht vorzukommen, wenigstens werden einige prozefsrechtliche Sätze in der Regel im internationalen Privatrecht mit behandelt: sie betreffen allgemein gesprochen die Handhabung der Normen des internationalen Privatrechts durch den Richter im Prozefs. Gemeinhin wird nur ein vereinzelter Teil der in dieser Richtung liegenden Fragen in Betracht gezogen; der Gegensatz und zugleich die sachliche Beziehung, in der das internationale Privatrecht zu diesen Fragen steht, ergiebt sich aber erst dann mit voller Klarheit, wenn man sie in den gröfseren Zusammenhang zurückstellt, aus dem sie herausgenommen sind. Es handelt sich nämlich um folgendes:

Die in einem Staat geltenden Anwendungsnormen stellen abstrakt fest, welche Rechtsordnung bei den einzelnen Rechtsfragen anwendbar ist, insbesondere ob das Heimatrecht oder Wohnsitzrecht, das Sachstatut oder Aufenthaltsstatut u. s. w. mafsgebend ist. Der Erörterung des Inhalts dieses internationalen Privatrechts waren die vorstehenden Kapitel dieses Buches gewidmet. Das materielle Privatrecht stellt sodann fest, welche materiellrechtlichen Wirkungen bei bestimmten Thatbeständen eintreten; seine Aufgabe ist wiederum mit der abstrakten Aufstellung der Thatbestände und ihrer Rechtswirkungen beendigt. Die Erörterung des materiellen Inhalts der einzelnen Privatrechtsordnungen bildet den Gegenstand der reinen Privatrechtswissenschaft, deren Arbeit hier überall als geleistet vorausgesetzt wird. Dieser Teilung in internationales und materielles Privatrecht entspricht die Doppelheit der Aufgabe, vor die der

Richter bei Entscheidung eines konkreten Falls gestellt ist. Eines konkreten Falls: gegeben ist dem Richter, dafs der Kläger gewisse Thatsachen behauptet, gegeben, dafs er auf diese Thatsachen einen bestimmten Anspruch stützt — das Wort Anspruch hier nur im Sinn des Klagbegehrens gemeint. Der Richter hat nun zu entscheiden, ob dieses Petitum begründet ist. Zu diesem Zweck mufs er einmal feststellen, welche von den verschiedenen Rechtsordnungen für die Beurteilung, ob dieser Anspruch aus diesen Thatsachen begründet sei, mafsgebend ist: das ist die internationalrechtliche Vorentscheidung; sodann mufs er gemäfs der also als mafsgebend gefundenen Rechtsordnung den materiellen Streit selbst entscheiden: materiellrechtliche Hauptentscheidung. In ganz analoger Weise sind auch materiellrechtliche Einreden des Beklagten zu behandeln: auch hier handelt es sich immer um die Behauptung gewisser Thatsachen, aus denen ein rechtlicher Schlufs gezogen werden soll. Wiederum mufs festgestellt werden, welche Rechtsordnung für die Beurteilung der Einrede mafsgebend sein soll (internationalrechtliche Frage), und ob dieser Rechtsordnung zufolge die Einrede begründet ist oder nicht (materiellrechtliche Frage). Dafs für die Beurteilung der Einrede eine andere Rechtsordnung mafsgebend sein kann als für die Beurteilung des Klaganspruchs, ergiebt sich aus früheren Darlegungen. Der Erleichterung halber lassen wir die etwaigen Einreden ganz aus dem Spiel und denken den Rechtsstreit als ausschliefslich in die Prüfung der vom Kläger geltend gemachten Thatsachen und des darauf gestützten Anspruchs gesammelt. Die Übertragung auf die Einrede ergiebt sich dann von selbst.

Es ist an dieser Stelle nicht nötig, die geistigen Operationen, die der Richter bis zur Hauptentscheidung zu vollziehen hat, genauer zu zergliedern; es genügt die einfache Unterscheidung, dafs er einmal den Inhalt abstrakter Rechtssätze zu kennen und daher nötigenfalls auch zu ermitteln hat, und zwar behufs der internationalrechtlichen Vorentscheidung den Inhalt der ihn bindenden Anwendungsnormen, und behufs der materiellrechtlichen Hauptentscheidung den Inhalt des als mafsgebend erkannten materiellen Rechts; und dafs er zweitens Thatsachen festzustellen hat, und zwar wiederum sowohl um die konkrete anwendbare Rechtsordnung herauszufinden als auch um den Fall materiellrechtlich zu entscheiden. Für diese Ermittlungsthätigkeit in Bezug auf die Rechtssätze und in Bezug auf die Thatsachen giebt es nun Rechtsregeln: sie bestimmen, wie die Ermittlungsthätigkeit zu vollziehen ist.

Was für Recht sind diese Rechtsregeln? Sie sind unzweifelhaft innerstaatliches Recht, denn sie sollen den Richter binden, und anderes Recht als das seines Staats bindet ihn nicht. Und sie sind Prozefsrecht, denn sie regeln seine Thätigkeit bei Entscheidung des Prozesses. Sie verlieren diesen Charakter dadurch nicht sondern erweitern ihn nur, dafs sie auch für alle anderen mit der Entscheidung einer Rechtsfrage staatlich betrauten Personen gelten. Von dieser Erweiterung wird übrigens im folgenden abgesehen. Sind sie also Prozefsrecht, so gehören sie nicht in das internationale Privatrecht. Indes die Wirksamkeit der Internationalrechtssätze hängt zum guten Teil von der Art ihrer Verwirklichung im Prozefs ab, wegen dieses intimen Zusammenhangs mit den Fragen des internationalen Privatrechts sollen darum auch jene prozefsrechtlichen Fragen im folgenden kurz, und zwar wesentlich vom Standpunkt des deutschen Rechts aus erörtert werden. Wenn gewöhnlich wie gesagt nur einzelne dieser Fragen zur Behandlung herausgegriffen werden, so die Frage, wie der Richter die Sätze des fremden materiellen Rechts zu ermitteln hat, so verdienen die übrigen Fragen doch gleichermafsen Aufmerksamkeit. Die folgende Erörterung bezieht sich darum auf das ganze Fragegebiet: die richterliche Thätigkeit soll in ihrer vierfachen oben bezeichneten Richtung betrachtet werden.

Lediglich aus Gründen der Darstellung wird im folgenden zuerst die Thätigkeit des Richters bei der „materiellrechtlichen Hauptentscheidung“ besprochen und dann erst die „internationalrechtliche Vorentscheidung“ ins Auge gefafst. Die logische Reihenfolge ist natürlich umgekehrt. Vielleicht ist an dieser Stelle die Bemerkung nicht unnütz, dafs, wenn im wirklichen einzelnen Prozefs beide Fragen zur Sprache kommen, die Verhandlung und Entscheidung bezüglich beider doch einheitlich zu erfolgen pflegt: ausgeschlossen scheint es mir aber nicht, dafs der Richter die Verhandlung gemäfs CPO. § 137 zunächst rein auf die internationalrechtliche Frage beschränkt, und ebensowenig, dafs er diese durch Zwischenurteil (CPO. § 275) erledigt.

I. Die materiellrechtliche Hauptentscheidung.

Die internationalrechtliche Vorfrage ist also als dahin gelöst zu denken: die Rechtsordnung dieses bestimmten Staats, die eigne deutsche oder diese fremde, die englische, russische sei bei der Entscheidung über diesen Anspruch anzuwenden. In welcher Weise

hat der Richter nun bei dieser Hauptentscheidung zu verfahren? Die Antwort hierauf mufs er ausschliefslich dem Prozefsrecht seines eignen Staats entnehmen. Ob für die Entscheidung materiell das eigne oder ein fremdes Recht mafsgebend ist, macht hierfür nichts aus. Vielfach wird es dabei von Wichtigkeit, ob ein Rechtssatz Satz des Prozefsrechts oder des materiellen Rechts, oder anders ausgedrückt, ob eine Frage nach den Sätzen des materiellen oder des Prozefsrechts zu erledigen ist. In dem angewandten internationalen Privatrecht Buch I Kapitel V werden derartige Fragen mehrfach begegnen und besprochen werden.

Die Aufgabe des Richters bei der materiellrechtlichen Hauptentscheidung erwächst daraus und begrenzt sich dadurch, dafs der Kläger bestimmte Thatsachen behauptet und auf Grund dieser Thatsachen einen bestimmten Klagantrag stellt. Erkennt der Beklagte den geltendgemachten Anspruch an, so ist er demgemäfs zu verurteilen. Andernfalls ist die Aufgabe des Richters eine doppelte: er hat einmal zu prüfen, ob dieses vom Kläger gestellte Petitum aus diesen von ihm behaupteten Thatsachen unter der Voraussetzung, dafs sie wahr sind, folgen würde — dies wird im weiteren die 'rechtliche Prüfung' genannt —; er hat ferner zu ermitteln, ob diese behaupteten Thatsachen wahr sind — 'thatsächliche Prüfung' —. Mit jeder von diesen beiden Aufgaben kann vom Richter begonnen werden; im einen Fall kann es für ihn zweckmäfsiger sein, erst diese, im anderen, erst jene zu erledigen. Die folgende Erörterung geht aus sachlichen Gründen in der Ordnung vor, in der die Fragen soeben gestellt waren, sie zieht erst die rechtliche, dann die thatsächliche Prüfung in Betracht.

1. Die rechtliche Prüfung.

Die rechtliche Prüfung ist vollzogen, sobald erkannt ist, ob dieses Petitum aus diesen Thatsachen, falls sie wahr sind, folgt. Der Richter mufs also feststellen, ob diese konkreten Thatsachen sich unter einen in einem Rechtssatz abstrakt bezeichneten Thatbestand subsumieren lassen, und ob dann dieser Rechtssatz eine solche Folge, wie sie im konkreten Klagbegehren geltend gemacht ist, an den Thatbestand knüpft. Um richtig subsumieren zu können, mufs der Richter eine Übersicht über die möglichen Subsumtionskategorien haben. Man darf also die Aufgabe des Richters bei der rechtlichen Ermittlung dahin bestimmen: er mufs theoretisch das als mafsgebend festgestellte Recht überhaupt kennen, und er mufs

denjenigen einzelnen Rechtssatz heraussuchen, der die Herleitung dieses Anspruchs aus diesen Thatsachen rechtfertigen könnte.

Ist das eigne Recht des Richters unmittelbar anzuwenden, so gilt in beiderlei Beziehung der Satz iura noscit curia: die Partei braucht weder (von geringen Ausnahmen bei Gewohnheitsrecht und „Statuten“ abgesehen) Dasein und Inhalt des objektiven Rechts zu beweisen noch den passenden Rechtssatz selbst herauszusuchen. Wie aber steht es, wenn die internationalrechtliche Vorentscheidung auf die Anwendung eines fremden Rechts lautet? Und die gleiche Frage ist auch dann zu stellen, wenn zwar das eigne Recht anzuwenden ist, der Satz des eignen Rechts aber, der vom Richter als konkret anwendbar erfunden ist, eine materiellrechtliche Verweisung auf fremdes Recht enthält, oder wenn er eine Parteiverweisung auf fremdes Recht gestattet und diese auch wirklich erfolgt ist. In allen diesen Fällen hat der Richter teils unmittelbar teils mittelbar fremdes Recht anzuwenden. Wie hat er hierbei nun zu verfahren?

Das Ziel ist auch hier: er mufs den Inhalt der fremden Rechtsordnung erkennen und den richtigen fremden Rechtssatz herausfinden. Er hat also festzustellen: was für Recht gilt überhaupt in diesem Staat (in diesem Gebietsteil des Staats)? Nach dem fremden Recht hat er zu beurteilen, ob ein bestimmter in Betracht gezogener Satz giltig als Rechtssatz entstanden sei. Insbesondere hat er nach dem Staatsrecht des fremden Staats, nicht dem des eignen, zu beurteilen, ob die Voraussetzungen für die giltige Entstehung eines Gesetzes vorliegen; auch das Mafs seines Prüfungsrechts in dieser Beziehung mufs er dem fremden Staatsrecht entnehmen: denn die Frage nach dem richterlichen Prüfungsrecht ist ja nur ein anderer Ausdruck für die Frage, welche Rechtssätze nach dem Willen der fremden Rechtsordnung als richterlich anwendbares Recht gelten sollen. Ebenso hat er nach fremdem Recht zu beurteilen, welches die Erfordernisse eines Gewohnheitsrechts sind. Nach dem fremden Recht hat er ferner zu entscheiden, ob der betreffende Rechtssatz zur Zeit noch besteht oder wieder untergegangen ist. Auch bei der Auslegung des fremden Rechts hat er sich an dessen Auslegungsregeln zu halten, soweit diese wirklich Rechtsregeln und nicht blofs Denkanleitungen sind. Endlich hat auch die fremde Rechtsordnung darüber zu entscheiden, ob das jetzige oder ein etwaiges früheres Recht jenes Staats zu Grunde zu legen ist: die Frage nach der sogenannten zeitlichen Kollision der Gesetze ist eine Frage ausschliefslich des innerstaatlichen materiellen Rechts. Kurz man kann die Aufgabe des Richters nicht genauer bezeichnen als dadurch,

dafs man sagt: der Richter hat das fremde materielle Recht so anzuwenden, als wäre er selbst Richter in dem fremden Staat.

Das ist das Ziel. Wie ist es zu erreichen? Im allgemeinen gilt freilich auch hier die Regel: iura noscit curia. Wie aber von diesem Satz bereits für das eigne Recht, das im Staat des Richters gilt, Ausnahmen gemacht werden, so geschieht das auch für das ausländische Recht[105]. Für Deutschland ist hier der § 265 der CPO. entscheidend: „Das in einem anderen Staate geltende Recht, die Gewohnheitsrechte und Statuten bedürfen des Beweises nur insofern, als sie dem Gericht unbekannt sind. Bei Ermittelung dieser Rechtsnormen ist das Gericht auf die von den Parteien beigebrachten Nachweise nicht beschränkt, es ist befugt, auch andere Erkenntnisquellen zu benutzen und zum Zwecke einer solchen Benutzung das Erforderliche anzuordnen". Die nähere Erörterung dieses Satzes läfst sich in fruchtbarer Weise nur geben, wenn sie im Zusammenhang mit der gesamten Beweislehre vorgenommen wird. Folgende Bemerkungen müssen an dieser Stelle genügen.

a. Welche Aufgabe ist es, für deren Lösung der Richter die Hilfe der Parteien in Anspruch nehmen darf? Antwort: die ganze oben bezeichnete rechtliche Aufgabe. Er kann von den Parteien verlangen, dafs sie Dasein und Inhalt des fremden Rechts nachweisen. Sein Dasein: also auch z. B., wenn nach fremdem Recht Publikation eines Gesetzes erfordert ist, die Thatsache dieser Publikation. Seinen Inhalt: es genügt nicht, dafs dem Richter das fremde Gesetz als giltig nachgewiesen und in der fremden Sprache vorgelegt ist; es mufs auch sein Inhalt in deutscher Sprache auf Erfordern zugänglich gemacht werden. Ja noch mehr. Schon in ihrem eignen Interesse wird sich die Partei nicht damit begnügen, nur überhaupt das fremde Recht im ganzen klarzulegen, sondern sie wird auch denjenigen einzelnen fremden Rechtssatz selbst bezeichnen, der auf die Beurteilung gerade dieses konkreten Falls ihrer Meinung nach passen, das Petitum also rechtfertigen soll.

[105] Zu dieser bekannten Frage s. von Bar I S. 132—141, Niemeyer S. 76—80, z. Methodik S. 35 fg., Pos. intern. Privatr. I S. 4. Neumann S. 54—56. **Iudicatur** s. bei von Bar a. a. O. und Böhm S. 11—17; insbesondere: RG. Entsch. 6 S. 374, 10 S. 172, 23 S. 34 u. 50, 24 S. 391, 36 S. 36 Ziffer 2; vgl. auch 3 S. 150 u. 21 S. 177. **Litteraturangaben** bei von Bar a. a. O. besonders in Note 1 und Niemeyer S. 78. **Rechtssätze** über diese Prozefsfrage s. bei Neumann Nr. 48—57, Niemeyer Nr. 70—75. — Vgl. ferner die Civilprozefskommentare bei § 265, sowie Planck, Civilprozefs I S. 444 fg.

Meines Erachtens darf der Richter diese specielle Bezeichnung von der Partei aber, wenn es sich um ausländisches Recht handelt, auch verlangen. Diese erweiternde Auslegung des § 265 wird berechtigt sein: das Gesetz will dem Richter nicht zumuten, sich z. B. in das fremde Gesetzbuch erst so einzuarbeiten, dafs er die anwendbare Rechtsnorm selbst herausfindet.

b. Immerhin bleibt aber die Grundregel, dafs der Richter das Recht ex officio zu kennen und anzuwenden hat, auch für das fremde Recht bestehen: § 265 ist nur Modifikation, nicht Abschaffung dieses Grundsatzes. Das ergiebt wichtige Folgerungen. Der Richter ist an die Nachweise der Parteien nicht gebunden, selbst wenn es sich um eine thatsächliche Frage (z. B. die Frage, ob die Publikation des fremden Gesetzes erfolgt sei) handelt. Ein Einverständnis der Parteien ferner, dafs dieser oder jener fremde Rechtssatz giltig sei, dafs er diesen oder jenen Inhalt habe, dafs dieser oder jener fremde Rechtssatz auf diesen besonderen Fall zutreffe, bindet den Richter nicht in seiner Entscheidung und entbindet ihn nicht von der Pflicht selbständiger Prüfung: die Parteien haben trotz § 265 kein Verfügungsrecht in Rücksicht auf die Rechtssätze. Endlich: im Fall einer Berufung ist keine Partei an ihre eignen in erster Instanz vorgebrachten Behauptungen oder Zugeständnisse bezüglich des anzuwendenden Rechts gebunden; und soweit nach der lex fori Revision auch bei Verletzung fremden Rechts überhaupt möglich ist — was ja in Deutschland nicht, man mufs sagen leider nicht statt hat — [106], kann die Revision wegen Nichtanwendung oder nicht richtiger Anwendung eines fremden Rechtssatzes auch dann eingelegt werden, wenn diese Nichtanwendung

[106] Revision ist auch dann nicht möglich, wenn der deutsche Richter das fremde Recht kraft materiellrechtlicher Verweisungsnorm des eignen deutschen Rechts anzuwenden hat und nunmehr zwar die Verweisung beobachtet, aber das fremde Recht durch unrichtige Anwendung verletzt. Der Inhalt des fremden Rechtssatzes, auf den verwiesen wird, ist durch die materiellrechtliche Verweisung allerdings mittelbar auch zum Inhalt des eignen Rechts gemacht, aber doch eben nur mittelbar: im Sinne des § 511 der CPO. aber mufs die Verletzung den unmittelbaren Inhalt des deutschen Gesetzes betreffen, und unmittelbarer Inhalt ist nur die Verweisung selbst, nicht das, worauf verwiesen wird. Ein Beweis hierfür liegt auch darin, dafs das Gesetz, wenn es durch irgend einen Dispositivsatz auf den Parteiwillen verweist, dadurch auch den Inhalt der Parteibestimmung indirekt zum eignen Gesetzesinhalt macht — und doch kann anerkannter Mafsen wegen unrichtiger Auffassung der Parteibestimmung niemals Revision eingelegt werden.

oder nicht richtige Anwendung den eignen Anträgen der Partei entsprach [107].

c. Von besonderer Wichtigkeit ist die Frage, was geschehen soll, wenn der Richter den Inhalt der fremden Rechtsnormen weder selbst noch mit Hilfe der Parteien ermitteln kann. Schriftsteller und Gerichte entscheiden hier häufig, dafs er dann die lex fori anwenden dürfe [108]. Diese Behauptung entbehrt der Begründung. Entweder der Richter gelangt zu der Überzeugung — aus welchen Gründen, ist gleichgiltig —, dafs das fremde Recht in dieser Frage mit dem eignen übereinstimme: dann liegt der in der Frage gemeinte Fall nicht vor, der Richter kennt dann eben das fremde Recht; oder er gelangt zu dieser Überzeugung nicht: dann würde er durch Anwendung des eignen Rechts der Anwendungsnorm seines Staats, welche ihm Anwendung des fremden Rechts befiehlt, direkt entgegenhandeln. Es bleibt hier nach geltendem Recht nichts anderes übrig, als dafs so verfahren wird, wie wenn die Partei eine von ihr behauptete Angriffs- oder Schutzthatsache nicht bewiesen hätte: der Kläger wird mit seiner Klage abgewiesen, und analog steht es mit einer Einrede des Beklagten [109].

Natürlich kann das einheimische Recht auch die Bestimmung treffen, dafs Übereinstimmung des einheimischen Rechts mit dem ausländischen im Zweifelfall anzunehmen sei [110]. Empfehlenswert ist aber diese Bestimmung nicht. Sie wirkt vielmehr, vom Zweckstandpunkt der internationalen Rechtsgemeinschaft aus betrachtet, schädlicher, als wenn der Anspruch oder die Einrede, die auf den fremden Rechtssatz gestützt sind, abgewiesen wird. Man hat gesagt [111], dafs dieses letztere hier empfohlene Verfahren „dem Rechtsbedürfnis zuwiderlaufe; es komme unter Umständen einer Rechtsverweigerung gleich, bewirke aber jedenfalls das gerade Gegenteil von dem, was die Regeln des internationalen Privatrechts erreichen wollen: die Sicherheit des internationalen Rechtsverkehrs.“ Indes

[107] So auch die Entscheidung des ROHG. 8 S. 12, und s. von Bar I S. 133 N. 4.

[108] Citate bei von Bar I S. 135 N. 10, Niemeyer S. 77, Böhm S. 15 fg.

[109] So das Urteil des ROHG. 25 S. 53 ff., s. jetzt auch Seufferts Archiv 51 Nr. 85. Auch Niemeyer S. 77 nennt diesen Weg den „korrekten“.

[110] So ausdrücklich das Gesetzbuch von Montenegro bei Neumann Nr. 56, ferner Entwurf Gebhard § 38, Entwurf Niemeyer § 22, Entwurf Neumann § 7.

[111] Niemeyer S. 77.

einmal: zu einer Entscheidung kommt der Richter ja jedenfalls; er weist den Kläger ab, wenn der Anspruch auf einen unbekannten Rechtssatz gestützt ist, er verurteilt den Beklagten, wenn die Einrede ebenso gestützt ist. Es steht hier nicht anders als wenn der Kläger eine Klagethatsache nicht bewiesen hätte, der Beklagte eine Schutzthatsache nicht. Gewifs kann hiernach die Entscheidung des Rechtsstreits im einen Rechtsgebiet anders ausfallen als im anderen, weil der eine Richter den fremden Rechtssatz kennt, der andere nicht. Aber kann sie nicht auch dann verschieden sein, wenn irgend eine sonstige beliebige Thatsache, welche Kläger oder Beklagter beweisen müssen, dem einen Gericht als notorisch gilt, dem anderen nicht? Jedenfalls wirkt das andere Verfahren, dafs nämlich der Richter im Zweifel die lex fori anwendet, erst recht der Sicherheit des internationalen Rechtsverkehrs entgegen. Auf dem ersteren Wege würden wenigstens alle Gerichte, die das fremde Recht nicht kennen, gleichmäfsig zu derselben Entscheidung gelangen, zu der Entscheidung, dafs die Klage abzuweisen, die Einrede nicht zu beachten sei. Auf dem anderen Wege aber würde, da jeder Richter, der das fremde Recht nicht kennt, seine lex fori anwendet, eine bunte Mannigfaltigkeit von Entscheidungen herauskommen können; ja sogar in einem und demselben Staat, der etwa in verschiedene Rechtsgebiete zerfiele, könnte derselbe Fall verschieden beurteilt werden! Das ist sicherlich noch schädlicher als jenes Ergebnis. Die Partei hat es schliefslich auch immer in der Hand, durch Beschaffung wirksamer Nachweise das fremde Recht zur Kenntnis des Richters zu bringen: versäumt sie das, so hat sie sich über die Folge, dafs Anspruch oder Einrede als unbegründet angesehen wird, ebensowenig zu beklagen, als wenn sie eine Thatsache nicht bewiesen hätte: wenn in solchem Falle aber die lex fori angewendet würde, so könnte das allerdings zu einem Resultat führen, das seiner Zufälligkeit halber als ungerecht von ihr empfunden werden müfste.

Eine wirkliche Beseitigung der Schwierigkeiten, welche der internationalen Rechtsgemeinschaft aus dem notwendig beschränkten Wissen der Richter vom fremden Recht erwachsen, ist nur durch eine völkerrechtliche Vereinbarung zu erhoffen. Besser als die Errichtung eines internationalen Bureaus mit der Befugnis amtlicher Auskunft[112] wäre es, wenn jeder Staat eines (und nur eines) seiner Gerichte anwiese, auf Anfrage fremdstaatlicher Gerichte (oder von

[112] Über diesen Vorschlag s. v. Bar I S. 140, zu dem im Text folgenden ebenda und S. 139 N. 29 sowie Lehrbuch S. 28.

diesen autorisierter Anfrage der Partei) eine Belehrung über das in seinem Staat geltende Recht abzugeben, und dafs jeder Staat einen solchen Bescheid als für seine anfragenden Gerichte bindend erklärte. Die Anwendung auf den Einzelfall würde immer noch dem anfragenden Gericht überlassen bleiben, nur die theoretische Feststellung, welches Recht in dem fremden Lande gilt, wäre ihm erspart. Der Zuwachs an Arbeit, der dem befragten Staat hierdurch erwüchse, würde aufgewogen werden durch die Ersparung eigner Untersuchungen über fremdes Recht, und könnte jedenfalls gegenüber dem ungeheuren Nutzen dieser Einrichtung nicht ins Gewicht fallen.

2. Die Prüfung der Thatsachen.

Ergiebt sich, dafs der Klagantrag aus diesen Thatsachen, falls sie wahr sind, gerechtfertigt wäre, so bleibt zu prüfen, ob diese Thatsachen wahr sind. Die Regeln über diese Prüfung giebt dem Richter wiederum ausschliefslich die lex fori.

Die Thatsachen, von denen die Begründetheit des Klagbegehrens abhängt, sind bald rein faktische Thatsachen, bald wiederum rechtliche: der klägerische Anspruch hängt z. B. davon ab, dafs Kläger Eigentum an dieser Sache habe, dafs jene Schuld erloschen sei, dafs diese Ehe bestehe. Bei der Aufgabe der Feststellung dieser rechtlichen Voraussetzungsthatsachen wiederholt sich ganz die Aufgabe, die bei der Feststellung des Klaganspruchs zu lösen ist. Im Streitfall mufs der Thatbestand angegeben werden, auf Grund dessen das Dasein oder Nichtdasein dieser rechtlichen Voraussetzungsthatsache behauptet wird. Der Richter hat dann zu prüfen, ob diese rechtliche Behauptung auf Grund dieses behaupteten Thatbestands an sich gerechtfertigt und ob die Thatbestandsbehauptung wahr ist. Für jede einzelne rechtliche Voraussetzungsthatsache kann es demnach auch wieder nötig werden zu bestimmen, nach welcher Rechtsordnung sie zu beurteilen ist; auch hier wissen wir bereits, dafs für die Beurteilung dieser Voraussetzungsmomente, sobald es sich bei ihnen um selbständige Rechtswirkungen handelt, eine andere Rechtsordnung mafsgebend sein kann als für die Beurteilung des Klaganspruchs selbst. Ist diese mafsgebende Rechtsordnung ermittelt, so ist nunmehr die rechtliche Voraussetzungsthatsache materiellrechtlich zu prüfen. Dabei ist der Grundsatz iura noscit curia und der § 265 der CPO. in derselben Weise zu befolgen, wie das vorher geschildert war.

Alles dies bedarf keiner nochmaligen Ausführung; ebensowenig können hier die Regeln besprochen werden, wie die Wahrheit rein faktischer Behauptungen festzustellen ist. Nur auf einen Punkt ist an dieser Stelle noch aufmerksam zu machen. Bei der Feststellung der Thatsachen behufs Entscheidung des materiellrechtlichen Streits kann eine Reihe von Momenten als bedeutungsvoll zur Sprache kommen, welche bereits bei der internationalrechtlichen Vorentscheidung ihre Rolle gespielt haben. Einmal ist das der für die Entscheidung des Falls mafsgebende Augenblick. Es wird sich später zeigen, welche Bedeutung der 'mafsgebende Augenblick' für die internationalrechtliche Vorentscheidung hat: dafs die materiellrechtliche Antwort so und so oft von ihm abhängt, liegt auf der Hand. Soll z. B. ein bestimmtes Recht erworben sein, so müssen die Voraussetzungen des Erwerbs in dem Augenblick vorhanden gewesen sein, in dem es erworben sein soll. Auf diesen Augenblick kommt es also an[113]. Es liegt demnach im Streitfall dem Kläger ob, zu beweisen, in welchem Augenblick die von ihm geltend gemachten Klagethatsachen sich ereignet haben.

Zweitens. Bereits früher (S. 252) ist gesagt, dafs dieselben 'staatlichen Beziehungen', welche im Thatbestand der Anwendungsnormen ihre Rolle spielen, auch im Thatbestand materiellrechtlicher Sätze wieder als Momente vorkommen können, wie sie andererseits auch prozefsrechtlich, z. B. bei der Bestimmung des Gerichtsstands und der Kautionspflicht, bedeutungsvoll sein können. Dafs insbesondere die Gleichstellung der Inländer und Ausländer auch in den modernen Privatrechtsordnungen nicht völlig durchgeführt ist, das ist bekannt. Differenzierende Behandlung bedeutet aber, dafs eine materielle Rechtswirkung von der Thatsache, ob eine betreffende Person Inländer oder Ausländer sei, abhängig gemacht ist. So bestimmt z. B. § 61 des Deutschen Urhebergesetzes vom 11. Juni 1870, dafs der Verfasser eines im Auslande erschienenen Werks in Deutschland nur dann ein Urheberrecht erwirbt, wenn er ein Inländer ist[114]. Sobald nun ein Gericht, mag es ein deutsches oder ein fremdes sein, zu prüfen hat, ob eine Person ein Urheberrecht innerhalb Deutschlands habe, und das deutsche Recht richtig für diese Frage als mafsgebend

[113] Ebenso kann dann, wenn innerhalb der mafsgebenden Rechtsordnung die Rechtssätze (zeitlich) gewechselt haben, die Bestimmung des mafsgebenden Augenblicks von Ausschlag gebender Wichtigkeit für die Entscheidung des Falls werden, weil von ihr abhängt, welcher der mehreren zeitlich einander folgenden Rechtssätze anzuwenden ist.

[114] Von der Berner Konvention wird im folgenden abgesehen.

erkennt, so kehren innerhalb der Aufgabe, festzustellen, ob der vom deutschen Recht unbezweifelt erforderte Thatbestand verwirklicht sei, manche der Fragen wieder, die auch bei der internationalrechtlichen Entscheidung zur Sprache kommen können.

In welcher Weise diese Fragen da, wo sie für die internationalrechtliche Entscheidung Wichtigkeit haben, prozessual zu erledigen sind, das wird unten besprochen werden; sobald sie materiellrechtliche Bedeutung haben, ist die prozessuale Sachlage dieselbe wie bei allen Klagethatsachen. Beispielsweise: der Kläger stützt seinen Klaganspruch wegen des in Deutschland gemachten Nachdrucks seines im Ausland veröffentlichten Werks darauf, dafs er Deutscher sei. Dafs das deutsche Recht anzuwenden ist, das ist zweifellos; ob der Kläger Deutscher ist oder nicht, ist für diese internationalrechtliche Entscheidung gleichgiltig. Die Behauptung des Klägers Deutscher zu sein bildet hier vielmehr einen Teil des materiellen Klagevorbringens. Demnach liegt die Beweislast dem Kläger ob; ein Zugeständnis des Beklagten bindet den Richter, selbst wenn er vom Gegenteil überzeugt ist; kann der Kläger seine Reichsangehörigkeit nicht beweisen, so ist er schlechthin abzuweisen. Ebenso steht es z. B., wenn in dem mafsgebenden Recht der Satz existiert, dafs Ausländer kein Grundeigentum erwerben können; auch hier ist die Inländereigenschaft eine materiellrechtliche Voraussetzung für den Eigentumserwerb und ist also Gegenstand des Beweises für den, welcher den Erwerb von Eigentum behauptet, es sei denn, nach dem mafsgebenden Recht würde die Behauptung, dafs der Erwerber Ausländer sei, als rechtsverneinende Einrede behandelt: dann würde der Gegner den Beweis führen müssen, dafs der Erwerber Ausländer sei, und wäre wiederum mit seiner Einrede abzuweisen, wenn er diesen Beweis nicht führen könnte.

Soweit bei dieser Feststellung, ob jemand Inländer oder Ausländer sei, Rechtssätze in Frage kommen — z. B. Rechtssätze über den Erwerb der Staatsangehörigkeit —, tritt wiederum der Grundsatz iura noscit curia, und zwar, soweit es sich um fremdes Recht handelt, mit der Modifikation des § 265 der CPO. ein. Gerade hier zeigt sich recht deutlich, wie unrichtig die schon oben bekämpfte Meinung ist, dafs der Richter bei Unbewiesenheit und Unerkennbarkeit des Inhalts des fremden Rechts sein eignes Recht anwenden solle. Man nehme folgendes Beispiel. § 62 des deutschen Urhebergesetzes schützt auch die nicht veröffentlichten Werke solcher Urheber, welche zwar nicht im Deutschen Reich, wohl aber im ehemaligen deutschen Bundesgebiete staatsangehörig sind. Nimmt also

jemand unter Berufung hierauf ein Urheberrecht für Deutschland vor einem deutschen Gericht in Anspruch, so hat der deutsche Richter die Gesetze über Erwerb und Verlust der Staatsangehörigkeit in dem betreffenden nicht reichsdeutschen aber zum früheren deutschen Bund gehörigen Lande in Betracht zu ziehen. Diese Gesetze eines solchen Landes und ebenso seine weiteren Gesetze über Eheschliefsung, Legitimation, Adoption, welche eventuell behufs Prüfung der Staatsangehörigkeit angewendet werden müssen, werden nun zwar dem deutschen Richter bekannt oder doch leicht nachzuweisen sein; gesetzt aber sie wären im einzelnen Fall unbekannt und nicht nachgewiesen, so würde sicherlich der Richter nicht das deutsche Gesetz über den Erwerb und den Verlust der Bundes- und Staatsangehörigkeit vom 1. Juni 1870 und die deutschen Gesetze über Giltigkeit der Ehe, Adoption, Legitimation anwenden dürfen, sondern er würde den Kläger einfach abzuweisen haben, weil dieser seine Staatsangehörigkeit zu einem jener Länder nicht nachgewiesen hat. Und noch krasser: diejenigen Werke ausländischer Urheber, die in einem solchen Lande erschienen sind, geniefsen nach jener Gesetzesbestimmung den Schutz des deutschen Gesetzes nur, wenn das Recht des betreffenden Staats den in Deutschland erschienenen Werken einen den einheimischen Werken gleichen Schutz gewährt, und der Schutz dauert nicht länger als in dem betreffenden Staate selbst. Der deutsche Richter mufs also, um deutsche Urheberrechtssätze anwenden zu können, hier (wie übrigens bei jeder materiellen Verweisungsnorm) den Inhalt der fremden Urheberrechtssätze ermitteln. § 265 der CPO. steht ihm auch hier zur Seite: aber gesetzt wirklich, er kennte den Inhalt des fremden Rechts nicht und die Partei wiese ihn auch lässig nicht nach — dafs der Richter dann nicht einfach das deutsche Recht anwenden dürfte, liegt auf der Hand: er würde sonst die Absicht jener Bestimmung des deutschen Gesetzes in ihr Gegenteil verkehren.

II. Die internationalrechtliche Vorentscheidung.

1. Die möglichen Fragen.

Die internationalrechtliche Vorentscheidung hat zur Aufgabe, die für die Beurteilung des streitigen Falles mafsgebende konkrete Rechtsordnung herauszufinden. Es wird von Nutzen sein, diese Aufgabe zuvörderst in theoretischer Weise zu analysieren, also aufzuzeigen, welche Einzelfragen, rein logisch betrachtet, gelöst werden müssen,

damit ein sicheres Urteil über das anwendbare Recht gefunden werden könne. Dabei soll noch dahingestellt bleiben, ob dem Richter im konkreten einzelnen Prozefs auch wirklich jedesmal die Aufgabe einer internationalrechtlichen Entscheidung erwächst, und wenn das der Fall ist, ob diese Aufgabe dann jedesmal in der hier theoretisch entwickelten vollen Breite auftritt; ebenso bleibt aufser Betracht, wie etwa im wirklichen Verfahren die Thätigkeit des Richters und der Parteien verteilt ist. Oder anders ausgedrückt: wir stellen uns auf den Standpunkt eines unparteiischen Gutachters, der das nach den Anwendungsnormen dieses bestimmten Staats anwendbare Recht richtig herausfinden will, und zeigen nunmehr auf, welche Thätigkeit er zu vollziehen, welche einzelnen Fragen er zu lösen hat, um zu der gesuchten Entscheidung zu gelangen.

Die internationalrechtliche Vorentscheidung läfst sich wiederum in eine rechtliche und eine thatsächliche Feststellung trennen. Doch mufs diese Unterscheidung hier einen etwas anderen Sinn haben, als sie vorher für die materiellrechtliche Hauptentscheidung hatte. Wie bei jeder Entscheidung handelt es sich auch hier um die Subsumtion eines konkreten Wirklichen unter die gesetzliche Regel. Das Wirkliche ist dieser vorliegende konkrete Streitfall, eben als Fall genommen, gleichgiltig wie er zu entscheiden sein wird, die gesetzliche Regel ist die Anwendungsnorm. Die Anwendungsnorm knüpft, wie wir wissen, die Anwendbarkeit einer bestimmten Rechtsordnung an einen gewissen Thatbestand: wir müssen zusehen, unter welchen der verschiedenen Anwendungsthatbestände der konkrete Fall sich subsumieren läfst. Auch hier gilt aber, was schon bei anderer Gelegenheit gesagt wurde: um richtig subsumieren zu können, mufs man bereits eine Übersicht über den Inhalt der möglichen Subsumtionskategorien, hier also der Thatbestände in den Anwendungsnormen haben. Erst dadurch weifs man, auf welche thatsächlichen Momente man behufs der Subsumtion aufmerksam sein soll. Nun besteht der Thatbestand, an den in der Anwendungsnorm die Anwendbarkeit einer bestimmten Rechtsordnung geknüpft ist, gewöhnlich aus zweierlei: es kommt einmal auf die Art der materiellrechtlichen Frage an, um die sich der Streit dreht, z. B. darauf, ob es sich um die Beurteilung der Eingehung einer Ehe oder eines Deliktsanspruchs oder des Eigentums an einer Sache handelt, und zweitens darauf, welche konkreten staatlichen Beziehungsmomente in dem Thatsächlichen des Falles wirklich vorliegen, z. B. darauf, wo die Person staatsangehörig war, wo die Handlung erfolgte, wo die Sache sich befand. Jene materiellrechtliche Frage ist nun durch

das Parteivorbringen selbst bereits gegeben, es bedarf da keiner thatsächlichen Feststellung mehr, es bedarf nur der rechtlichen Würdigung über die Art der Frage, mag das Vorbringen der Partei thatsächlich richtig oder unrichtig, rechtlich begründet oder unbegründet sein; nach welchen Gesichtspunkten diese Würdigung zu erfolgen hat, wurde oben S. 141 ff. näher besprochen. Hingegen die konkreten 'staatlichen Beziehungsmomente' können thatsächlicher Feststellung bedürfen. Will man also rechtliche und thatsächliche Feststellung bei der internationalrechtlichen Vorentscheidung trennen, so kann man das nur so thun: die rein rechtliche Feststellung führt zu dem bedingten Urteil, jenachdem diese oder jene thatsächliche staatliche Beziehung vorliege, sei diese oder jene konkrete Rechtsordnung anwendbar, z. B. die deutsche, wenn der Kläger ein Deutscher, die russische, wenn er ein Russe sei u. s. w.; die thatsächliche Feststellung purifiziert dann dieses bedingte Urteil dahin, es liege gerade diese bestimmte Beziehung vor, z. B. der Kläger sei Deutscher, also sei gerade diese konkrete Rechtsordnung, z. B. die deutsche, anwendbar.

Am klarsten tritt die Unterscheidung der rein rechtlichen und der thatsächlichen Feststellung zu Tage, wenn die für den Richter bindenden Anwendungsnormen „generelle“ in dem dargelegten Sinne sind, d. h. wenn sie die Herrschaftssphären der verschiedenen Rechtsordnungen bei einer und derselben Frage auch nach einem einheitlichen Gesichtspunkt abgrenzen, also z. B. lauten: bei einer solchen Frage ist das Personalstatut anzuwenden, bei jener anderen das Sachstatut u. s. w. Die Aufgabe der rechtlichen Feststellung besteht dann darin, dafs der Inhalt dieser Anwendungsnormen erkannt, dafs die konkrete materiellrechtliche Frage unter eine der Fragekategorien dieser Anwendungsnormen subsumiert und dafs danach geurteilt wird, es sei im vorliegenden Fall z. B. das Personalstatut des Klägers, oder es sei das Sachstatut anzuwenden u. s. w. Es bleibt dann zweitens thatsächlich festzustellen: welche Rechtsordnung ist im konkreten Falle Personalstatut, d. h. welchem Staate gehörte die Person an? welche ist Sachstatut, d. h. in dem Gebiet welches Staats lag die Sache? u. s. w. Enthält hingegen die einzelne Anwendungsnorm nur eine Abgrenzung der eignen Rechtsordnung, lautet sie also z. B.: das deutsche Recht ist anzuwenden, wenn die so und so beteiligte Person ein Deutscher war, wenn die Sache, um die es sich handelt, in Deutschland lag, so mag man die zweite Frage zunächst specieller dahin stellen: war diese konkrete Person ein Deutscher? lag diese konkrete Sache auf deutschem Gebiet?

Man sieht aber sofort, dafs zur Entscheidung der internationalrechtlichen Frage noch weitere Anwendungsnormen herbeizuziehen sind, sobald sich herausstellt, dafs die Person nicht Deutscher war, diese Sache nicht in Deutschland lag, und diese Anwendungsnormen können wiederum nur den Inhalt haben, es sei diejenige fremde Rechtsordnung anzuwenden, die Personalstatut, die Sachstatut sei u. s. w. Wir können mithin ohne einen Fehler zu machen der Kürze halber hier die Betrachtung auf jene allgemein abgrenzenden Anwendungsnormen beschränken, und wiederholen: es mufs zuerst festgestellt werden, diese abstrakte Art Statut, das Personalstatut, das Sachstatut u. s. w. sei anwendbar (rechtliche Feststellung); es gilt sodann — und das ist es, was wir die thatsächliche Feststellung nannten —, festzustellen, für welche konkrete Rechtsordnung die in der Anwendungsnorm als Individualisierungsmoment der mafsgebenden Rechtsordnung genannte 'staatliche Beziehung' zutrifft. Sobald man dies weifs, ist die konkrete Rechtsordnung sofort gegeben[115].

Welches die staatlichen Beziehungen sind, von denen die Anwendbarkeit einer bestimmten Rechtsordnung abhängt, wurde oben S. 221 gesagt. Bei der Frage, wie diese staatlichen Beziehungen zu ermitteln sind, können an dieser Stelle nicht alle Beziehungen berücksichtigt werden, die in den wirklichen Kollisionsnormen vorkommen; die folgende Darstellung beschränkt sich auf die Beziehungen, welche nach den völkerrechtsgemäfsen Anwendungsnormen bedeutungsvoll sind: die Übertragung auf die wenigen, welche aufserdem noch in Kollisionsnormen vorkommen (wie z. B. die des Erfüllungsorts), begegnet keinerlei Schwierigkeit.

Die einheitliche Frage: welche Rechtsordnung ist im konkreten Fall Personalstatut, Sachstatut u. s. w.? zerfällt in eine ganze Reihe von Momenten.

a. Gegeben und bekannt sein mufs immer eine konkrete Person, um deren Heimat oder Wohnsitz es sich handelt, eine konkrete Sache bei Bestimmung des Sachstatuts, eine konkrete Handlung einer konkreten Person bei Bestimmung des Handlungsstatuts (für Delikte, ebenso auch infolge der Regel locus regit actum).

b. Abhängig ist das konkrete Statut von der Staatsangehörigkeit oder dem Wohnsitz der Person, der Lage der Sache, dem Ort der

[115] Nur wenn alternativ zwei Rechtsordnungen als mafsgebend genannt sind (s. oben S. 217 ff.) oder wenn die Kollionsnorm die Auswahl des mafsgebenden Rechts von dem Inhalt fremder Kollisionsnormen abhängig sein läfst (s. oben S. 237 ff.), bedarf es noch weiterer Ermittlungen. Von diesen Komplikationen darf im folgenden der Kürze halber abgesehen werden.

Handlung. Diese sind zu ermitteln. Staatsangehörigkeit, Wohnsitz und Lage der Sache aber können heute andere sein als sie gestern waren. Sobald also das Personalstatut oder Sachstatut in Frage steht, kommt es nicht darauf an, in welchem Staat die Person zur Zeit des Prozesses staatsangehörig oder wohnhaft ist und wo die Sache zu dieser Zeit liegt, sondern wo die Person im mafsgebenden Augenblick staatsangehörig oder wohnhaft gewesen ist und wo die Sache in dem mafsgebenden Augenblick gelegen hat. Welches abstrakt genommen der mafsgebende Augenblick ist, geht aus den ganzen Erörterungen des ersten Buches hervor: es ist der Augenblick, in welchem die von der Partei behauptete Rechtswirkung eingetreten sein soll. Es mufs aber auch festgestellt werden, in welchem konkreten Zeitpunkt der Thatbestand, aus dem die Rechtswirkung gefolgert wird, vollständig verwirklicht gewesen und damit die Rechtswirkung eingetreten sein soll. Von der Beantwortung dieser konkreten Thatfrage hängt die Wahl des anzuwendenden Rechts ab.

c. Im weiteren ist nunmehr zu unterscheiden. Handelt es sich um die Ermittlung, welches Recht Personalstatut ist, so lautet die zu entscheidende Frage zunächst: welchem Staat war in jenem Zeitpunkt diese bestimmte Person, welche von der Partei bezeichnet ist, angehörig? Diese Frage ist eine Frage des Rechts, und zwar des Staatsrechts, ihre Beantwortung aber setzt Feststellung von Thatsachen voraus. Liegt eine giltige Heirat, eine giltige Naturalisation, eine eheliche Abstammung vor? Jede dieser Fragen macht vielleicht für sich wieder eine internationalrechtliche Vorentscheidung nötig. Steht z. B. die Staatsangehörigkeit dieser Person zu diesem Staat auf Grund einer Heirat in Frage, so ist zu beurteilen, ob eine giltige Ehe da war, und das hängt davon ab, nach welchem Gesetz die Ehe zu beurteilen war. Natürlich können dabei nicht nur fremde Privatrechtsordnungen sondern auch fremde staatsrechtliche Gesetze vom Richter angewendet werden müssen. Ist hiernach die Staatsangehörigkeit der Person bestimmt, so ist die anzuwendende konkrete Rechtsordnung gefunden: es ist eben die Rechtsordnung dieses Staats. Welchen Inhalt diese Rechtsordnung hat, was für Recht also in diesem Staat gilt, ist eine Frage des internen materiellen Rechts dieses Staats; gelten in dem Staat mehrere Rechtsordnungen, so tritt auch die interlokalrechtliche Frage auf; von dieser wird indes erst im nächsten Buch die Rede sein, hier bleibt sie aufser Betracht.

d. Anders steht es, wo das Gebietsstatut in irgend einer seiner Formen in Frage kommt, wo also das mafsgebende Statut durch eine örtliche Beziehung bestimmt ist (Ort der belegenen Sache, Ort der Handlung, Ort, für welchen das Immaterialgüterrecht in Anspruch genommen wird); anders steht es ferner auch in dem verwandten Falle, dafs das Wohnsitzrecht als stellvertretendes Personalstatut eintritt. Hier gilt es überall zunächst zu ermitteln: welches ist der konkrete Ort? Handelt es sich freilich um die Frage, ob ein Immaterialgüterrecht vorhanden sei, so bedarf es einer thatsächlichen Feststellung nicht mehr: das Immaterialgüterrecht mufs von der Person immer für ein bestimmtes Gebiet in Anspruch genommen werden: durch die Klage selbst ist also hier bereits das mafsgebende Recht bezeichnet. Anders aber in den übrigen Fällen. Für das Sach- und Deliktsstatut ist die Frage rein thatsächlicher Art: an welchem Ort hat sich die Sache in dem mafsgebenden Augenblick thatsächlich befunden? an welchem Ort ist die deliktische Handlung vorgenommen worden? Für das Wohnsitzrecht ist die Frage verwickelter; hier wiederholen sich die Schwierigkeiten, die bei der Staatsangehörigkeitsfrage angedeutet wurden: es gilt hier Thatsachen zu ermitteln und die Subsumtion unter den Rechtsbegriff des Wohnsitzes vorzunehmen. Ehe, Abstammung u. s. w. können auch hier wieder von Wichtigkeit sein, und vor allem ist es auch hier nötig, die Rechtssätze richtig zu erkennen, welche über das Wohnsitzhaben entscheiden.

e. Wir sagten früher: individuell bestimmt ist eine Rechtsordnung, wenn der Staat bestimmt ist, dessen Rechtsordnung sie sein soll. Sobald nun das Gebiet bekannt ist, auf das es ankommt, müfste streng genommen weiter bestimmt werden, welcher Staat in diesem Gebiet herrscht[116]: die Rechtsordnung dieses Staats wäre dann als das mafsgebende Statut gefunden. Welchen Inhalt diese Rechtsordnung hat, und bei lokalen Rechtsverschiedenheiten innerhalb des Staats welches Recht gerade in diesem Gebietsteil gilt, das ist dann wieder eine interne materiellrechtliche bezw. interlokalrechtliche Frage, die uns hier nichts mehr angeht. In der Regel ist indes immer sicher, welcher Staat in einem bestimmten Gebiet herrscht, und eben weil das sicher ist, pflegt die Frage nach dem mafsgebenden Recht nicht erst auf diesem Umweg erledigt zu werden, dafs man schliefst: auf dieses Gebiet kommt es an, über dieses Gebiet herrscht dieser Staat, also gilt hier diese Rechtsordnung,

[116] Zum folgenden s. oben S. 182 fg.

sondern man schliefst unmittelbar: dieses Gebiet — also diese Rechtsordnung. Die internationalrechtliche Frage ist damit erledigt. Unter Umständen, in seltenen Fällen, kann indes das Gebiet bekannt und doch unsicher sein, welche Rechtsordnung in diesem Gebiet gilt, weil zweifelhaft ist, welcher Staat über dieses Gebiet herrscht. Das ist eine Vorfrage völkerrechtlicher Natur. Im Dienst der thatsächlichen Ermittlung, welche konkrete Rechtsordnung Gebietsstatut ist, bedarf es dann noch der Lösung dieser völkerrechtlichen Frage. Ihr Unterschied von der vorher erwähnten Frage, welches der konkrete für die Auswahl des mafsgebenden Rechts bestimmende Ort sei, ist klar: handelt es sich z. B. um die lex rei sitae eines Grundstücks, so ist es einfache Thatfrage, wo geographisch genommen das streitige Grundstück liegt; eine Rechtsfrage völkerrechtlicher Art aber ist es, ob die Staatsgrenze z. B. diesseits oder jenseits des Grundstücks verläuft.

Schwierigkeiten bietet die Lösung dieser Aufgabe nur in dem sehr seltenen Fall, dafs zugleich ein wirklicher völkerrechtlicher Streit zwischen den Staaten vorliegt, und zwar kann streitig sein sowohl, ob dies Gebietsstück diesem oder keinem Staat, als auch, welchem von mehreren Staaten es gehöre. Ein solcher Streit kann seine Wurzel in einer Unvollkommenheit der Völkerrechtssätze haben, auf Grund deren über die Gebietshoheit zu entscheiden wäre, davon war schon früher S. 187 ff. die Rede; er kann aber auch — und dieser Fall gehört hierher — daraus entspringen, dafs nur zweifelhaft ist, ob die thatsächlichen Voraussetzungen, von denen ein unbezweifelt geltender völkerrechtlicher Satz die Gebietsherrschaft abhängig macht, konkret zutreffen. Ohne Lösung dieser völkerrechtlichen Streitfrage ist dann eine Bestimmung des mafsgebenden Statuts unmöglich. — In analoger Weise kann auch die Bestimmung der Nationalität eines Schiffs zwecks Ermittlung des mafsgebenden Statuts notwendig werden.

2. Das prozessuale Verfahren.

Dies sind die einzelnen Punkte, von deren Feststellung die internationalrechtliche Entscheidung abhängig sein kann. Es handelt sich jetzt darum zu erörtern, wie hier im Prozefs verfahren werden soll. Die Regeln darüber kann einzig und allein das Prozefsrecht des Gerichtsorts geben. Unsere deutsche Prozefsordnung enthält nun ausdrückliche Bestimmungen in dieser Beziehung nicht; man

mufs daher aus ihren allgemeinen Grundsätzen Folgerungen und Analogien zu gewinnen suchen.

Ausschlaggebend für die folgenden Erörterungen ist die Erkenntnis, welches Wesens die internationalrechtliche Frage ist. Es wurde dargestellt, wie vielgestaltig die Einzelfragen sind, die im Dienst der internationalrechtlichen Entscheidung auftreten können und dann Lösung verlangen; diese internationalrechtliche Frage selbst behält darum doch immer ihre einheitliche Natur: sie ist ein Teil oder eine Vorstufe der Frage, welcher einzelne materielle Rechtssatz für die materielle Beurteilung des Falls zutreffend ist. Um den einzelnen zutreffenden Rechtssatz herausfinden und unter ihn subsumieren zu können, mufs vorerst die Rechtsordnung selbst, die mafsgebend ist, gefunden sein. Ist nun die Frage, unter welchen einzelnen Rechtssatz subsumiert werden soll, eine reine Rechtsfrage — und das ist sie zweifellos —, so ist auch die gesamte internationalrechtliche Frage in ihrem letzten Wesen nichts als eine reine Rechtsfrage. Hieraus ergeben sich wichtige Folgerungen: sie können modifiziert sein, aber bis zum Nachweis solcher Modifikation müssen sie festgehalten werden.

a. Vor allem bedarf hier eines der Erörterung: in welchen Fällen oder unter welchen Voraussetzungen kommt es im Prozefs überhaupt zu einer internationalrechtlichen Entscheidung, zu einer Entscheidung also über die Anwendbarkeit eines bestimmten Rechts?

Da ist zunächst zu antworten: nur dann, wenn der Richter überhaupt zu einer sachlichen Prüfung der materiellrechtlichen Frage schreiten mufs, also dann nicht, wenn der Beklagte den erhobenen Anspruch anerkennt. Letzterenfalls mufs der Richter verurteilen, selbst wenn nach dem von ihm als mafsgebend erachteten Recht der Anspruch aus den vorhandenen Thatsachen nicht begründet ist[117].

[117] Eben weil die Prozefspartei durch Anerkennung und ebenso durch Verzicht (CPO. §§ 278, 277) eine Verfügung über den erhobenen Anspruch hat, mufs für die Prozefsfähigkeit volle Geschäftsfähigkeit erfordert werden, wie das auch die CPO. § 51 thut. Dementsprechend müfste auch die Prozefsfähigkeit eines Ausländers genau nach den gleichen Grundsätzen beurteilt werden, wie seine materiellrechtliche Geschäftsfähigkeit; es hat keinen Sinn ihn im materiellen Recht als geschäftsunfähig und doch im Prozefs als prozefsfähig anzusehen. Nun soll nach CPO. §§ 51 und 53 die Prozefsfähigkeit eines Ausländers alternativ nach inländischem oder Heimatrecht beurteilt werden, jenachdem dieses oder jenes für die Annahme der Prozefsfähigkeit günstiger ist; EG. Art. 7 Abs. 3 kennt den genau entsprechenden Satz auch für die materiellrechtliche Geschäftsfähigkeit, aber nur mit Ausnahmen, namentlich gilt er für 'erbrechtliche Rechtsgeschäfte' nicht. Daraus ergiebt sich aber ein eigentüm-

Im übrigen hängt die Antwort davon ab, in welcher Bedeutung man das Wort Entscheidung nimmt. In gewissem Sinne erfolgt eine Entscheidung immer. Denn der Richter mufs, um materiellrechtlich überhaupt urteilen zu können, irgend ein Recht anwenden; selbst wenn er ohne weitere Skrupel sein eignes Recht anwendet, entscheidet er damit doch thatsächlich, dafs dieses Recht eben anwendbar sei, mag diese Entscheidung auch nicht als ein besonderer Entscheidungsakt in sein Bewufstsein treten. Wir müssen die Frage also dahin stellen: wann erfolgt eine bewufst wählende Entscheidung, gerade dieses Recht unter den mehreren geltenden sei anzuwenden?

Eine früher nicht selten vertretene Meinung antwortete darauf: nur wenn eine der Parteien im Prozefs das Verlangen stelle, dafs eine fremde Rechtsordnung angewendet werde; ohne ein solches Verlangen habe der Richter ohne weiteres sein eignes Recht anzuwenden. Die Unrichtigkeit dieser Ansicht für das deutsche Recht geht aus dem leitenden Grundsatz hervor: da die Frage, welches Recht angewendet werden soll, eine Rechtsfrage ist, bezüglich der rechtlichen Subsumtion aber ein bestimmter Antrag der Partei nicht gestellt zu werden braucht, kann die Anwendbarkeitsfrage auch nicht von einem Antrag der Partei abhängen. Auch § 265 der CPO. führt zu keinem anderen Ergebnis. Zwar wurde vorher (S. 288) gesagt, der Richter könne bei der Ermittlung ausländischen Rechtes von der Partei die Angabe des besonderen, nach Ansicht der Partei materiellrechtlich zutreffenden fremden Rechtssatzes verlangen; wenn nun, so könnte man schliefsen, die Bezeichnung der mafsgebenden Rechtsordnung nur ein Teil der Bezeichnung des materiellrechtlich zutreffenden Rechtssatzes sei, dürfe der Richter auch die Bezeichnung jener Rechtsordnung, d. h. also einen bestimmten Antrag in internationalrechtlicher Beziehung erfordern. Indes diese Folgerung würde fehl gehen. Denn jene rechtstheoretische Mitwirkung der Partei kann der Richter nach CPO. § 265 nur verlangen, wenn es sich um ausländisches Recht handelt; bevor aber die international-

licher Widerspruch. Zu den 'erbrechtlichen Rechtsgeschäften' mufs man doch auch z. B. die Ausschlagung einer Erbschaft rechnen: demnach kann nach EG. Art. 7 Abs. 3 ein Ausländer in Deutschland gemäfs seinem Heimatrecht unfähig sein, über sein Erbrecht durch Ausschlagung zu verfügen, während er doch nach CPO § 53 fähig ist, einen Prozefs über sein Erbrecht zu führen; seine Thätigkeit im Prozefs kann aber thatsächlich den Erfolg einer Verfügung über sein Erbrecht haben. § 53 der CPO. müfste also doch wohl mit EG. Art. 7 Abs. 3 Satz 2 in Einklang gebracht werden, was bisher noch nicht in Aussicht genommen ist (s. Denkschrift S. 315).

rechtliche Vorfrage gelöst ist, steht ja noch garnicht fest, ob inländisches oder ausländisches Recht anzuwenden sein wird. — Die hier bekämpfte Ansicht ist auch in sich widerspruchsvoll. Bestünde wirklich eine Pflicht des Klägers, ein bestimmtes Verlangen in Bezug auf die Anwendung des Rechts bei Beurteilung seines Klagantrags zu stellen, in demselben Sinn, wie ein materieller Klagantrag gestellt werden mufs (CPO. § 230 Nr. 2), so würde die Folge sein, dafs mangels eines solchen Verlangens der Richter nicht etwa eignes Recht anzuwenden, sondern die Klage als prozessual ungenügend abzuweisen hätte. Davon ist aber thatsächlich niemals die Rede.

Ebensowenig kann die richterliche Aufgabe davon abhängen, dafs die Partei, wennschon kein bestimmtes Verlangen in internationalrechtlicher Beziehung von ihr gestellt sei, doch wenigstens Thatsachen behauptet habe, aus denen die Anwendbarkeit einer anderen als der eignen Rechtsordnung des Gerichtsstaats folge. Indirekt dienen freilich auch solche Thatsachen zur „Begründung der Anträge"; wenn aber die Civilprozefsordnung Angabe des Grundes des erhobenen Anspruchs fordert, (§ 230 Nr. 2) und von den zur Begründung der Anträge dienenden thatsächlichen Verhältnissen, von thatsächlichem Vorbringen, thatsächlichen Anführungen spricht (§ 121 Nr. 3—5, § 240 Nr. 1, § 255 u. s. w.), so denkt sie doch nur an solche Thatsachen, die gemäfs einem bestimmten zur Anwendung kommenden Recht, dessen Anwendbarkeit also bereits vorausgesetzt ist, für die Begründung der Anträge erheblich sein können, nicht an die Thatsachen, aus denen die Anwendbarkeit einer bestimmten Rechtsordnung folgt. Wollte man in Analogie des § 230 Nr. 2 die Angabe auch solcher Thatsachen erfordern, so würde die Folge unterlassener Thatsachenangabe wiederum die sein, dafs der Richter nicht etwa sein eignes Recht anwenden, sondern die Klage als prozessual ungenügend abweisen müfste. Auch davon ist aber thatsächlich niemals die Rede. Man kann zusammenfassend sagen: eine Klage, welche solche Thatsachen, aus denen die Anwendbarkeit eines bestimmten Rechts folgen würde, die „staatliche Beziehung" des Falls, nicht angiebt und auch kein Verlangen in Bezug auf die Anwendung eines bestimmten Rechts stellt, ist darum doch nicht mangelhaft (§ 230 Nr. 2 der CPO.). Ist sie das aber nicht, so mufs der Richter auf sie hin auch eine sachliche Entscheidung abgeben; die Meinung, dafs er dann wenigstens auf die Anwendung der eignen Rechtsordnung notwendig beschränkt sei, entbehrt jedes Schattens einer Begründung.

Andrerseits darf auch keine Rede davon sein, dafs der Richter in jedem einzelnen Fall von sich aus die internationalrechtliche Frage stellen müfste. Jeder Blick in die Wirklichkeit des Prozeses belehrt, dafs der Richter in weitaus den meisten Fällen ohne irgend eine weitere Vorentscheidung einfach das eigne Recht anwendet.

Die richtige Antwort scheint mir vielmehr folgende in der Mitte liegende zu sein. Der Richter wendet das eigne Recht an, es sei denn, es träten besondere Thatsachen in sein Gesichtsfeld, welche Zweifel an der Anwendbarkeit des eignen Rechts begründen. Solchesfalls hat eine internationalrechtliche Vorentscheidung zu erfolgen. Die Beobachtung zeigt, dafs in den meisten Fällen, die zur Entscheidung des Gerichts kommen, diejenigen staatlichen Beziehungen gegeben sind, welche die Anwendbarkeit des eignen Rechts rechtfertigen, mag es nun als Personalstatut oder als Sachstatut, als Handlungsstatut oder als Gebietsstatut in Betracht kommen. Auf Grund dieser Beobachtung gilt es für den Richter als eine 'Interimswahrheit' [118], dafs die staatliche Beziehung des Falls zur eignen Rechtsordnung gegeben sei; er wird deshalb für gewöhnlich nicht einmal erst in bewufster Weise vorentscheiden, dafs in dem vorliegenden Falle gerade das Personalstatut oder dafs gerade das Sachstatut u. s. w. mafsgebend sei, und dann auf Grund der Annahme, dafs eben das deutsche Recht Personalstatut oder dafs es Sachstatut sei u. s. w., das deutsche Recht anwenden, sondern er wird das deutsche Recht zu Grunde legen ohne sich erst noch Rechenschaft zu geben, ob er es in seiner Eigenschaft gerade als Personalstatut oder gerade als Sachstatut u. s. w. anwende; er wird vielmehr annehmen, dafs, möge nun das Personalstatut oder das Sachstatut u. s. w. anwendbar sein, die erforderliche staatliche Beziehung jedenfalls für das deutsche Recht zutreffe.

Aber dies ist für ihn eben nur eine 'Interimswahrheit', d. h. sie gilt für ihn nur so lange, bis Umstände in sein Gesichtsfeld treten, welche das Zutreffen der Annahme zweifelhaft machen. Solche Umstände sind vor allem irgend welche Anführungen der Parteien — man verstehe wohl: nicht notwendig Anträge, die auf Anwendung eines fremden Rechts gerichtet sind, sondern auch gelegentliche thatsächliche Anführungen, gleichgiltig, ob die Partei aus ihnen die Anwendbarkeit eines fremden Rechts gefolgert hat oder nicht, gleichgiltig auch, ob diese Folgerung dem Interesse der Partei entspricht oder nicht. Aber hierauf ist der Richter nicht be-

[118] im Sinne Glasers, Handbuch des Strafprozesses I S. 359 fg.

schränkt. Die Zweifel können ihm in seltneren Fällen auch aus der eignen Beobachtung kommen; beispielsweise: er kann aus einem anderen Prozefs her wissen, dafs der Beklagte nicht Deutscher war, oder er findet bei der mündlichen Verhandlung, dafs der Beklagte der deutschen Sprache nicht mächtig ist — daraus kommt ihm der Zweifel, ob der Beklagte auch wirklich ein Deutscher sei. Das kann für ihn ein genügender Anlafs sein zu prüfen, ob nicht die Anwendbarkeit des deutschen Rechts von der Thatsache der Reichsangehörigkeit des Beklagten abhängig, und bejahendenfalls ob diese Reichsangehörigkeit vorhanden sei. Ja der Richter ist der Partei keinerlei Rechenschaft schuldig, woher ihm der Zweifel an der Anwendbarkeit des eignen Rechts stammt: er darf die internationalrechtliche Frage in jedem einzelnen Falle, wenn es ihm gut scheint, aufwerfen. Er wird in jedem einzelnen Falle auch von seinem Fragerecht Gebrauch machen dürfen, denn die Erklärungen, die er fordert, sind ja mittelbar auch „für die Feststellung des Sachverhältnisses erheblich“ (CPO. § 130 Abs. 1 und § 464); da die Anwendbarkeit des Rechts ein „von Amtswegen zu berücksichtigender Punkt“ ist, hat er sogar die Pflicht, „auf die Bedenken aufmerksam zu machen, welche in Ansehung der“ von den Parteien vorausgesetzten Anwendbarkeit eines bestimmten Rechts „obwalten“ (CPO. § 130 Abs. 2).

b. Aus dem soeben Gesagten ergiebt sich unmittelbar ein Zweites: wie die Voraussetzungen, unter denen die Aufgabe der materiellrechtlichen und die der internationalrechtlichen Entscheidung für den Richter erwächst, verschiedene sind, so ist es auch mit der Begrenzung dieser Aufgabe. Der materielle Streit ist durch die Partei selbst auf die eine einzige einheitliche Frage konzentriert: ist dieses Petitum aus diesen Thatsachen begründet? Der Richter wendet also sein Augenmerk einzig auf diese Thatsachen, wie sie vorgebracht sind[119], und fragt im Wesentlichen nur, ob aus ihnen gerade dieses Petitum, wie es gestellt ist, als begründet folgt. Anders aber die Aufgabe der internationalrechtlichen Vorentscheidung. Wenn wie gesagt diese Aufgabe für den Richter erwachsen kann, auch ohne dafs die Partei das Verlangen gestellt hat, der Richter möge gerade diese oder jene Rechtsordnung anwenden, und auch ohne dafs sie Thatsachen angegeben hat, aus denen die Anwendbarkeit einer bestimmten Rechtsordnung folgen würde, so mufs sie not-

[119] Die Einwirkung, die er durch § 130 und 464 der CPO. auf die Thatsachenangabe hat, widerspricht diesem Grundsatz nicht.

wendig auch ihrer Begrenzung nach unabhängig von etwa doch gemachten Anträgen oder Anführungen der Parteien sein; von den Anträgen — der Richter darf sich dann nicht darauf beschränken, zu fragen, ob gerade diese von der Partei behauptete Rechtsordnung mafsgebend sei, sondern er mufs allgemein fragen: welche Rechtsordnung ist mafsgebend? und von den thatsächlichen Anführungen — der Richter darf sich dann nicht darauf beschränken zu untersuchen, welche Rechtsordnung sich gerade aus den von der Partei geltend gemachten Thatsachen als anwendbar ergiebt, sondern er mufs allgemein fragen: welche Thatsachen liegen vor, sodafs bei Beurteilung dieses konkreten Falls welche konkrete Rechtsordnung anzuwenden ist?

Darum wird auch die Aufgabe des Richters durch etwaige Dispositionsakte der Parteien nicht beeinflufst. Wie die Parteien überhaupt kein Verfügungsrecht in Bezug auf die anzuwendenden Rechtssätze haben, so kommt ihnen insbesondere auch in Bezug auf die Auswahl der mafsgebenden Rechtsordnung keines zu; ein Anerkenntnis einer Partei, diese oder jene von der anderen Partei als mafsgebend behauptete Rechtsordnung sei mafsgebend, oder ein Verzicht auf die Zugrundelegung einer bestimmten von ihr selbst als mafsgebend behaupteten Rechtsordnung bindet weder den Richter noch die Partei selbst; insbesondere kann die Partei auch im Verfahren höherer Instanz das Urteil deshalb angreifen, weil eine nicht mafsgebende Rechtsordnung zu Grunde gelegt sei, obwohl sie selbst die Anwendbarkeit der angewendeten Rechtsordnung in früherer Instanz anerkannt oder auf die Anwendung der jetzt von ihr als mafsgebend behaupteten Rechtsordnung verzichtet hat.

c. Endlich bleibt zu untersuchen, in welcher Weise bei Erledigung der also nach Voraussetzungen und Inhalt umgrenzten Aufgabe prozessual vorzugehen ist. Auch hier tritt ein wichtiger Unterschied zwischen der Behandlung der materiellrechtlichen und der internationalrechtlichen Frage insoweit hervor, als es sich um den Beweis handelt.

Soweit freilich die im Dienst der internationalrechtlichen Entscheidung zu lösenden Einzelfragen selbst für sich reine Rechtsfragen sind, ergiebt sich keine Schwierigkeit, es gilt hier genau das Gleiche wie bei den Rechtsfragen, die im Dienst der materiellrechtlichen Hauptentscheidung zur Sprache kommen.

Rein rechtlich ist zunächst die Feststellung, welche abstrakte Art von Statut mafsgebend ist (s. oben S. 296). Der Richter mufs von sich aus und ex officio wissen, welche Anwendungsnormen

überhaupt in dem Staat des Gerichts gelten. Da die Anwendungsnormen Recht seines eignen Staats sind, steht ihm die Hilfe des § 265 der CPO. hierbei nicht zur Seite[120] —; ebenso mufs er ex officio erkennen, unter welchen der in den Anwendungsnormen vorkommenden abstrakten Begriffe von materiellrechtlichen Fragen die konkrete materiellrechtliche Frage, die ihm gestellt ist, subsumiert werden mufs, z. B. ob es sich um einen sachenrechtlichen Streit handelt, ob um eine erbrechtliche Frage u. s. w. Eben weil hier rein rechtliche Erkenntnis gefordert wird, gelten die an die Spitze gestellten Sätze in voller Reinheit: der Richter kann nicht verlangen, dafs die Partei die konkret zutreffende Anwendungsnorm benenne; ein Einverständnis der Parteien, dafs diese oder jene Anwendungsnorm zutreffend, dafs also gerade das Personalstatut oder das Sachstatut u. s. w. anzuwenden sei, ist ohne Bedeutung für ihn wie ebenso für die Partei selbst, insbesondere auch wenn der Prozefs in eine höhere Instanz kommt. Wegen Verletzung einer Anwendungsnorm ist immer Revision unter den Voraussetzungen des § 511 der CPO. statthaft[121].

Auch bei der Feststellung, welches konkrete Statut im gegebenen Falle Personalstatut, Sachstatut u. s. w. sei, können, wie wir sahen, wieder Rechtsfragen auftreten: der Inhalt von Rechtssätzen, sei es des eigenen, sei es eines fremden Rechts, oder die Subsumtion unter sie kann fraglich werden. Insbesondere können die Gesetze, welche in diesem oder jenem Staat über Staatsangehörigkeit oder Wohnsitz gelten, oder welche die Giltigkeit der Ehe oder Adoption regeln, in Betracht gezogen werden müssen. Dann gilt wiederum der Satz iura noscit curia, und zwar, wenn es sich um ausländisches Recht, sei es Privatrecht, sei es Staatsrecht, handelt, mit der Hilfe des besprochenen

[120] Wenn die Kollisionsnorm die Auswahl des anzuwendenden Rechts von dem Inhalt eines fremden Rechts, insbesondere fremder Kollisionsnormen abhängig macht, wie das der Fall ist, wo die Rückverweisung für beachtlich erklärt ist (s. oben S. 237 ff.), mufs der Inhalt der fremden Kollisionsnorm ermittelt werden: hier greift § 265 der CPO. natürlich wieder Platz.

[121] S. z. B. RG. Entsch. 6 S. 374, 10 S. 172, 36 S. 209 fg. und vergl. 24 S. 391. — Hingegen würde ich Revision nicht für zulässig erachten, wenn die deutsche Kollisionsnorm die Auswahl der anzuwendenden Rechtsordnung in irgend einer Weise von dem Inhalt ausländischer Rechtssätze abhängig macht (s. oben S. 237 ff.) — z. B. indem sie die Rückverweisung in der fremden Kollisionsnorm für beachtlich erklärt (EG. Art. 27) —, und nun der Inhalt der fremden Kollisionsnorm vom Richter unrichtig aufgefafst wird. Im Sinne des § 511 der CPO. ist hier ein ausländischer, nicht ein inländischer Rechtssatz unrichtig angewendet worden. Vgl. oben S. 288 Note 106.

§ 265. Auch Völkerrechtssätze können in Frage kommen, dann nämlich, wenn von ihnen abhängt, ob dieser oder jener Staat in diesem Gebiet herrsche: hier tritt aber die Pflicht des Richters ex officio das Recht zu kennen ganz rein ein; § 265 gewährt ihm hier keine Hilfe, denn Völkerrecht ist nicht, wie es § 265 verlangt, ein (blofs) „in einem anderen Staate geltendes Recht.“

Wie aber steht es bei den rein thatsächlichen Fragen: nach dem mafsgebenden Augenblick, nach dem Ort der belegenen Sache oder der Handlung, nach den Thatsachen, auf die Staatsangehörigkeit und Wohnsitz gestützt wird? Hier gerade kommt es nun darauf an, im Auge zu behalten, dafs alle diese Thatfragen nur im Dienst der einen Frage stehen, welche Rechtsordnung anzuwenden sei, und dafs diese Frage einen Teil der vom Richter ex officio zu entscheidenden Rechtsfrage bildet, unter welchem rechtlichen Gesichtspunkt der Anspruch des Klägers begründet sein könne. Demnach dürfen auch die Grundsätze, die für den Beweis der materiellrechtlichen Klagethatsachen gelten, nicht ohne weiteres auf die internationalrechtlich bedeutsamen Thatfragen übertragen werden: die Stellung des Richters und der Parteien ist hier eine andere als dort.

Wir wissen schon: die internationalrechtliche Aufgabe des Richters hängt nicht davon ab und ist nicht dadurch begrenzt, dafs eine Partei einen Antrag auf Anwendung eines bestimmten Rechts stellt und dafs sie Thatsachen geltend macht, welche die Anwendbarkeit eines bestimmten Rechts begründen sollen. Demnach kann auch, falls die Partei doch einen solchen Antrag stellt oder solche Thatsachen anführt, von keiner wahren Beweislast in Bezug auf sie die Rede sein. Ebenso unrichtig wäre es aber so zu argumentieren: der Richter stelle zwar von sich aus fest, welches die Thatsachen seien, von deren So- oder Anderssein die internationalrechtliche Entscheidung abhänge; finde er aber, dafs die Begründetheit des materiellen Anspruchs des Klägers (und analog stehe es mit der Einrede) von der Anwendbarkeit gerade dieser bestimmten Rechtsordnung abhänge, so liege nunmehr dem Kläger (bei der Einrede dem Beklagten) die Beweislast in Bezug auf jene Thatsachen ob. Indes was sollte die Folge sein, wenn der Kläger den Beweis nicht führte? Sollte er dann ohne Weiteres abgewiesen werden? Nur dies wäre bei Anwendung der gewöhnlichen prozessualen Grundsätze folgerichtig, aber es wäre allzuhart für ihn. Man braucht sich nur die Fülle von Fragen thatsächlicher Art zu vergegenwärtigen, von deren Beantwortung die Bestimmung

des mafsgebenden Statuts abhängt, um sofort zu sehen, dafs ein derartiger Beweis vom Kläger garnicht verlangt werden kann. Soll Kläger die Thatsachen beweisen, auf denen eine bestimmte Staatsangehörigkeit des Beklagten beruht? z. B. seine eheliche Abstammung von diesem Vater, die Thatsache einer giltigen Heirat u. s. w.? Wäre es immer der Kläger, der beweisen mufs, so würde der Beklagte es in der Hand haben, durch Bestreitung der Anwendbarkeit des inländischen Rechts den Kläger jedes Mal zu fast endlosen Weiterungen zu zwingen, ja oft seinen Anspruch sogar illusorisch zu machen. Oder will man etwa bei Ausbleiben des Beweises Seitens der Partei, die sich auf die Anwendbarkeit eines fremden Rechts beruft, wieder auf das Aushilfsmittel zurückgreifen, der Richter müsse dann eben bei der Anwendung seines eignen Rechts bleiben? Aber ein solcher Rechtssatz existiert nicht. Der Richter würde doch geradezu seiner Pflicht zuwider handeln, wollte er die Rechtsfrage, nach welchem Recht zu urteilen sei, dahin entscheiden, es sei das inländische Recht anzuwenden, obwohl er selbst, wie wir ja voraussetzen, von der Anwendbarkeit des inländischen Rechts nicht überzeugt ist.

Ist hiernach eine wahre Beweislast der Parteien in Bezug auf die Thatsachen, von denen die Anwendbarkeit eines bestimmten Rechts abhängt, zu leugnen, so folgt daraus unmittelbar auch, dafs das Gericht nicht auf Erhebung der von den Parteien angebotenen Beweise beschränkt sein kann. Ebenso ist der Grundsatz, dafs der Richter Thatsachen, sobald sie vom Gegner ausdrücklich zugestanden (CPO. § 261) oder nicht bestritten sind (CPO. § 129), als bewiesen annehmen müfste, für diese Thatsachen nicht schlechthin zutreffend. Dafs die betreffenden Bestimmungen der Civilprozefsordnung, obgleich sie allgemein lauten, doch auf derartige Thatsachen nicht mitbezogen werden dürfen, wurde bereits oben (S. 303) gesagt; auch ein Zugeständnis des Gegners, etwa dafs dieses oder jenes ausländische Gesetz genügend publiziert, dafs diese gewohnheitliche Übung wirklich vorgekommen sei, bindet ja den Richter nicht (vergl. oben S. 288), obwohl es sich auch hier um Zugeständnisse von Thatsachen handelt. Die Partei hat eben kein Verfügungsrecht über die reine Rechtsfrage und darum auch keines über die Thatfragen, von denen die Beantwortung der Rechtsfrage abhängt.

Nun können freilich diese internationalrechtlich wichtigen Thatsachen zugleich Momente des materiellrechtlichen Falls sein; als solche unterliegen sie dann dem Verfügungsrecht der Parteien.

Trotzdem ist der Richter — hier müssen wir den Mut der Folgerichtigkeit haben — in ihrer Beurteilung, sofern sie internationalrechtlich in Betracht kommen, frei. Allerdings wird er bei einem Einverständnis der Parteien über diese oder jene für die internationalrechtliche Entscheidung wichtige Thatsache meist keinen Anlafs haben, sie noch in Untersuchung zu ziehen: aber die Macht dazu darf ihm nicht bestritten werden. Er kann das Zugeständnis ignorieren nicht nur, wenn die Unwahrheit der von dem Beklagten zugestandenen Thatsache bei Gericht notorisch ist — z. B. wenn der Richter aus einem anderen Prozesse her weifs, dafs der Beklagte eine andere als die jetzt zugestandene Staatsangehörigkeit habe, oder wenn der Kläger behufs Feststellung der lex rei sitae behaupten sollte, dieses Grundstück, um das es sich handle, liege in einem anderen Rechtsgebiet als in dem es wirklich liegt —, sondern auch wenn er nur anderweit an der Wahrheit der Thatsache zu zweifeln Grund findet.

Die einfache Übertragung der für materiellrechtliche Thatfragen geltenden Prozefsregeln auf die Ermittlung der internationalrechtlich bedeutsamen Thatsachen ist mithin zu verneinen. Andrerseits ist es wiederum ebenso unmöglich zu behaupten, dem Richter liege die Pflicht einer Feststellung aller dieser Thatsachen rein ex officio ob. Das bedarf keiner Begründung: es wäre praktisch unmöglich. Auch hier mufs also ein Mittelweg gesucht werden: die Stellung des Richters mufs freier sein, als sie es bei materiellrechtlichen Thatfragen, und nicht so losgelöst von den Parteien, wie sie es bei reinen Rechtsfragen ist. Das praktisch allein angemessene Resultat scheint mir durch die Analogie des § 265 der CPO. gegeben zu sein: der Richter beurteilt von sich aus, welche Thatsachen für die Entscheidung der internationalrechtlichen Frage bedeutsam und der Ermittlung bedürftig sind; er kann in freier Weise von dieser oder jener Partei Beweis verlangen, ist aber an die von den Parteien beigebrachten Nachweise nicht gebunden und darf auch andere Erkenntnisquellen benutzen und zum Zwecke einer solchen Benutzung das Erforderliche anordnen [122].

[122] Da nun wie gesagt (s. oben S. 292 fg.) eine und dieselbe Thatfrage in demselben Prozefs einmal internationalrechtlich und sodann materiellrechtlich bedeutsam und darum entscheidungsbedürftig sein kann, so ist es bei der Verschiedenheit ihrer prozessualen Behandlung in beiderlei Beziehung allerdings unter Umständen denkbar, dafs sie das eine Mal so, das andere Mal anders beantwortet wird. Einen Grund gegen das im Text Gesagte bildet dies nicht. Gleiche Widersprüche können sich auch ergeben, wenn dieselbe Thatsache, die materiell-

d. Im Einzelnen würde etwa folgendermafsen zu verfahren sein.

Der deutsche Richter hat Zweifel bekommen, ob Beklagter ein Deutscher sei, vielleicht weil der Beklagte bisher aufserhalb Deutschlands gelebt oder weil er selbst oder der Kläger behauptet hat, er sei nicht Deutscher. Das ist für den Richter ein Anlafs zu prüfen, welche Art Statut anwendbar sei. Hierüber urteilt er ex officio. Gesetzt, er gelangt zu dem Ergebnis, mafsgebend sei in der That das Personalstatut des Beklagten, auf seine Staatsangehörigkeit komme es also an, so darf er nunmehr nicht etwa sagen: es ist lediglich Sache des Klägers zu beweisen, welche Staatsangehörigkeit der Beklagte hat, bei Mifslingen des Beweises weise ich die Klage einfach ab. Noch weniger darf er entgegen seinen eignen Zweifeln den Beklagten als Deutschen ansehen und demnach deutsches Recht anwenden, soweit nicht Kläger oder Beklagter eine andere Staatsangehörigkeit beweisen. Er wird sich vielmehr ex officio eine Ansicht zu bilden haben; er kann zu diesem Behuf zunächst von seinem Fragerecht Gebrauch machen und auf diese Weise Angaben der Parteien über die Thatsachen erlangen, auf Grund deren diese oder jene Staatsangehörigkeit anzunehmen wäre. Bei der Beurteilung dieser Angaben ist er ganz frei; er kann die Antwort der Partei als richtig annehmen, er braucht es aber nicht, selbst wenn die Gegenpartei die Richtigkeit zugiebt: die Parteien hätten ja sonst wieder indirekt eine Verfügung über das anzuwendende Recht, die sie doch nicht haben sollen. Eine grofse Rolle bei seiner Beurteilung wird wieder die 'Interimswahrheit' spielen; und dadurch wird, obwohl von einer echten Beweislastverteilung zwischen den Parteien keine Rede ist, doch etwas Analoges eintreten können. Beispielsweise wird der Richter bei einer Person, die in Neapel Wohnsitz hat, solange italienische Staatsangehörigkeit als vorhanden annehmen, bis ihm Umstände vorgetragen und bewiesen werden, die das zweifelhaft machen; er wird ebenso, wenn feststeht, dafs der in Deutschland wohnhafte Beklagte ehemals Franzose gewesen sei, diese Staatsangehörigkeit als fortdauernd annehmen, bis diejenige Partei, die das Erlöschen

rechtlich erheblich ist, auch als rein prozessual wichtig zur Sprache kommt — man denke an die Thatsachen, die einen ausschliefslichen Gerichtsstand begründen: die richterliche Stellung ist solchen Thatsachen gegenüber ebenfalls das eine und das andere Mal verschieden. Eine andere Analogie bildet es, dafs der Wert des Streitgegenstands rein prozefsrechtlich und zugleich materiellrechtlich fraglich werden kann: auch hier können unter sich abweichende Antworten erfolgen (vgl. CPO. § 3).

dieser Staatsangehörigkeit behauptet, den Beweis dafür erbringt. Überhaupt wird der Richter für die ihm zweifelhaften Punkte Nachweise von dieser oder jener Partei verlangen können, gerade als wenn es sich um den Inhalt fremden Rechts handelte. Bleiben nach alledem für den Richter ungelöste Zweifel, so wird er nicht etwa die zweifelhafte Staatsangehörigkeit gleich einer mangelnden behandeln dürfen — diese öfter vertretene Meinung ist nicht zu rechtfertigen, zu dem Urteil, der Beklagte habe keine Staatsangehörigkeit, darf der Richter ebenfalls nur kommen, wenn Gründe dafür sprechen —; es wird ihm dann vielmehr, von einer Eidesauflage gemäfs CPO. § 437 abgesehen, nichts übrig bleiben, als den klägerischen Anspruch abzuweisen, da die nötigen thatsächlichen Unterlagen für die Bestimmung des mafsgebenden Rechts und damit für die sachliche Beurteilung des Falls nicht geliefert seien; ebenso wäre eine Einrede des Beklagten zu verwerfen, für deren Beurteilung das mafsgebende Recht nicht ermittelt werden kann. Hierfür spricht die Analogie der Behandlung des Falls, dafs der Richter den Inhalt des als mafsgebend erkannten fremden Rechts nicht ermitteln kann (s. oben S. 289).

In entsprechender Weise steht es mit der Ermittlung des Wohnsitzes; nur wird der Wohnsitz meist leichter festzustellen sein, weil er einen Ausdruck in sichtbaren Thatsachen findet.

Ähnlich ist ferner auch zu verfahren, wenn die Bestimmung des mafsgebenden Rechts von der Vorentscheidung abhängig ist, welches der Ort der Handlung gewesen sei — oder, was dasselbe bedeutet, an welchem Ort sich diese bestimmte Person in dem Augenblick der Handlung befunden habe —, und diese Thatsache zweifelhaft ist. Auch hier würde es nicht selten zu einer Ungerechtigkeit führen, wollte man dem Kläger einfach den strikten Beweis aufbürden. Man nehme nur den Fall so, dafs feststeht, der Beklagte hat diese Handlung, die den Kläger beschädigt hat, begangen: wo der Beklagte sich in dem Augenblick der Handlung befunden hat, das zu beweisen ist für den Kläger vielleicht völlig unmöglich; der Erfolg ist sicher, von woher gehandelt wurde, ist unsicher. Es mufs hier genügen, wenn Kläger Umstände angiebt, welche einen Aufenthalt des Beklagten an einem bestimmten Ort zu einer bestimmten Zeit annehmen lassen; auch sein 'gewöhnlicher Aufenthalt' wird dabei eine Rolle als Annahme begründend spielen. Dem Beklagten mag dann der Gegenbeweis vorbehalten bleiben, er habe die Handlung an diesem oder jenem anderen Ort begangen, nach dessen Rechtsordnung sie z. B. kein Delikt sei. Die Stellung des Richters bei

der Würdigung von Beweis und Gegenbeweis ist wiederum ganz frei; von seinem Fragerecht wird er auch hier eingreifenden Gebrauch machen dürfen.

Was den Ort der belegenen Sache betrifft, so ergiebt sich zunächst für Grundstücke keine Beweisschwierigkeit: ihre geographische Lage ist ohne weiteres festzustellen. Bei einem Rechtsstreit über bewegliche Sachen aber wird es sich meist um die Frage handeln, an welchem Ort sich die Sache zur Zeit eines Rechtsgeschäfts über sie befunden habe: man wird erwarten dürfen, dafs die Partei bei Abschlufs des Rechtsgeschäfts sich darüber Kenntnis verschafft habe, und deshalb wird ohne Ungerechtigkeit ein Beweis über den Ort der belegenen Sache vom Kläger zu verlangen sein, bei dessen Mifslingen er, weil der Fall dem Richter seinen thatsächlichen Momenten nach nicht deutlich genug gemacht sei, abzuweisen ist. Indes ist auch hierbei die Stellung des Richters freier, als wenn es sich um Thatsachen, die materiellrechtliche Voraussetzungen sind, handelt. Ein vom materiellen Recht erfordertes Thatbestandsmoment, also eine Klagethatsache ist die Lage der Sache im mafsgebenden Augenblick eben nicht, so leicht sie auch mit einer solchen verwechselt werden kann: sie ist nur für die internationalrechtliche Frage von Bedeutung. Der Richter wird dabei wieder von der 'Interimswahrheit' starken Gebrauch machen dürfen. Behauptet z. B. der Kläger Eigentum an der Sache, weil sie zur Zeit des Vertragsschlusses über sie in Bonn, im Gebiet des französischen Rechts, das keine Tradition erfordert, gelegen habe, der Beklagte aber leugnet den Eigentumsübergang, weil sie in Neuwied, im gemeinrechtlichen Gebiet, das Tradition erfordert, gewesen sei, so wird der Richter allerdings Beweise vom Kläger verlangen dürfen; aber es wird ihm genügen, wenn der Kläger z. B. nachweist, die Sache habe sich in der Zeit vor dem Vertragsschlufs in Bonn befunden, oder wenn er Umstände darthut, welche normaler Weise auf die Lage der Sache in Bonn schliefsen lassen (die Sache gehört z. B. zu dem Hausrat des in Bonn wohnenden Beklagten): in solchem Fall wird der Beklagte seinerseits nachweisen müssen, sie habe sich trotzdem im mafsgebenden Augenblick anderswo befunden. Ergiebt sich endlich, dafs die Sache im mafsgebenden Augenblick z. B. in einem rollenden Eisenbahnzug gewesen sei, und läfst sich nicht feststellen, in welchem der mehreren etwa durchfahrenen Rechtsgebiete sie sich in jenem Moment befunden habe, so mufs der Richter wiederum in Analogie des zu § 265 Gesagten den Kläger abweisen.

Ist hiernach der Ort festgestellt, dessen Recht maſsgebend sein soll, so kann nun die völkerrechtliche Frage auftreten, von der vorher die Rede war. Auch sie muſs der Richter entscheiden. Und zwar ist er dabei keineswegs an die politische Auffassung seines eignen Staats gebunden, sogar dann nicht, wenn sein eigner Staat selbst Partei in dem völkerrechtlichen Streitfall sein sollte, es sei denn, daſs sein eigner Staat seine Rechtsauffassung zu einem Bestandteil seiner Rechtsordnung gemacht, z. B. die Zugehörigkeit eines bestimmten streitigen Stückes Landes zu seinem Gebiet in der Verfassung ausgesprochen hat. Ein solcher Rechtssatz wirkt für den Richter gleich einer Kollisionsnorm; der Richter ist an ihn gebunden, auch wenn seine völkerrechtliche Auffassung ihm nicht entspricht, er muſs bei seiner Beurteilung internationalrechtlicher Fragen die Herrschaftsbefugnisse, welche sein eigner Staat durch einen nach innen hin als Rechtssatz wirkenden Akt in Anspruch nimmt, als zu Recht bestehend zu Grunde legen. Die Frage ist also dann für den Richter keine Frage mehr. Hiervon abgesehen ist aber der Richter so berechtigt wie verpflichtet seiner eignen Rechtsüberzeugung zu folgen. Damit wird ihm eine sehr schwere Last auf die Schultern gelegt, aber vermeiden läſst sich das nicht. Behufs Beibringung von Beweisen für zweifelhafte Thatsachen kann er auch hier die Hilfe der Parteien in gleicher Weise, wie es bisher geschildert ist, in Anspruch nehmen; bleiben diese Thatsachen zweifelhaft, so wird auch hier Abweisung der Klage erfolgen müssen und nicht etwa Anwendung des am Gerichtsort geltenden Rechts.

Ebenso steht es bei Zweifeln über die Nationalität eines Schiffes, wenn diese Zweifel nicht in der Unvollkommenheit der Rechtssätze ihren Grund haben, sondern lediglich das Zutreffen der Rechtssätze im konkreten Fall ungewiſs ist.

e. Der Hauptinhalt der vorstehenden prozessualen Ausführungen tritt vielleicht dadurch am klarsten hervor, daſs ihre Ergebnisse für den besonderen Fall des Versäumnisverfahrens gegen den Beklagten verwertet werden. Wenn § 296 der CPO. vorschreibt, daſs der Richter in diesem Fall prüfen solle, ob das thatsächliche Vorbringen des Klägers den Klagantrag rechtfertige, und nur soweit das der Fall, nach dem Antrag erkennen, sonst aber die Klage abweisen solle, so setzt eine solche Prüfung doch voraus, daſs der Richter bereits weiſs, welches Recht anzuwenden ist: diese Anwendbarkeit braucht mithin aus der Klage nicht hervorzugehen. Hat Kläger also in der Klage selbst solche Thatsachen, welche die

Anwendbarkeit eines bestimmten Rechts rechtfertigen würden, die „staatliche Beziehung“ des Falls, garnicht angeführt, und auch keinerlei Erklärung darüber abgegeben, welche Rechtsordnung angewendet werden solle, so ist die Klage doch nicht mangelhaft und darum nicht abzuweisen. Der Richter hat vielmehr von sich aus zu entscheiden, welches Recht anzuwenden ist, und seine Prüfung der Klage geschieht erst auf Grund dieser Vorentscheidung. Die Sache stellt sich dann folgendermafsen. Sofern nicht besondere Zweifelsgründe vorliegen, wird der Richter die Thatsachen, welche die Anwendbarkeit seines eignen Rechts begründen, als vorhanden erachten und deshalb nach diesem urteilen. Ist das Dasein einer solchen staatlichen Beziehung, welche die Anwendbarkeit eines fremden Rechts rechtfertigt, gerichtskundig, steht beispielsweise die Nationalität des Beklagten aus einem anderen Prozesse her fest, so wird er ohne weiteres dieses andere Recht anwenden dürfen, obwohl der Kläger diese staatliche Beziehung des Falls in der Klage nicht erwähnt hat. Kommen dem Richter aus irgend welchen Gründen Zweifel an der Anwendbarkeit des eignen Rechts, die er nicht sofort selbst lösen kann, so trifft meines Erachtens CPO. § 300 Nr. 1 zu: er kann, da die Anwendbarkeit des Rechts ein von Amtswegen zu berücksichtigender Umstand ist, von dem Kläger Nachweisungen darüber erfordern, dafs der Beklagte wirklich diese oder jene Staatsangehörigkeit habe; vermag Kläger die erforderte Nachweisung nicht zu beschaffen, so ist „der Antrag auf Erlassung eines Versäumnisurteils zurückzuweisen, unbeschadet des Rechts der erschienenen Partei, die Vertagung der mündlichen Verhandlung zu beantragen“.

Hat Kläger in der Klage die Anwendbarkeit eines bestimmten Rechts behauptet, ohne die Thatsachen, durch welche diese Behauptung sich rechtfertigen soll, anzugeben, so ist das für den Richter gleichgiltig: er verfährt so wie eben entwickelt.

Hat Kläger in der Klage bestimmte Thatsachen behauptet, aus denen die Anwendbarkeit einer bestimmten Rechtsordnung zu folgern ist, so sind diese Thatsachen doch nicht als zugestanden anzunehmen, ebensowenig wie etwa die Thatsache, dafs ein fremdes Gesetz diesen oder jenen Inhalt habe, dafs es genügend publiziert, dafs die Gegenseitigkeit gewahrt sei u. s. w.: § 296 Abs. 1 bezieht sich auf sie nicht, vielmehr hat sie der Richter von sich aus auf ihre Wahrheit zu prüfen, und § 300 Nr. 1 kommt wieder in Betracht.

Bringt endlich der Kläger erst in der mündlichen Verhandlung selbst Thatsachen vor, welche die Anwendbarkeit eines bestimmten Rechts begründen würden, so ist nicht schlechthin der Antrag auf

Erlassung eines Versäumnisurteils zurückzuweisen (CPO. § 300 Nr. 3), sondern es ist so zu verfahren, wie wenn solche Thatsachen nicht vorgebracht wären; der Richter kann trotz diesem Vorbringen das eigne Recht anwenden, wenn ein genügender Grund an der Anwendbarkeit dieses Rechts zu zweifeln für ihn nicht vorliegt; er kann auch bei Notorietät des Vorhandenseins der nötigen staatlichen Beziehung das behauptete oder ein beliebiges drittes fremdes Recht anwenden; er kann endlich auch Nachweisungen vom Kläger erfordern.

Man wird sich mit den hier vertretenen prozessualen Anschauungen vielleicht eher versöhnen, wenn man eine Analogie in Betracht zieht. Das Gericht hat nach CPO. § 54 den Mangel der Prozefsfähigkeit „von Amtswegen zu berücksichtigen". Prozefsfähig ist ein Ausländer aber, selbst wenn er nach deutschem Recht geschäftsunfähig wäre, sofern er nur nach seinem Personalstatut voll geschäftsfähig ist. Demnach hat der Richter von Amtswegen zu beurteilen, ob die Partei Inländer oder Ausländer sei; es gelten hier völlig die dargestellten Grundsätze. Dafs der Richter die Parteien in diesem Falle zum Beweis heranziehen kann, ergiebt sich gerade hier mit Sicherheit aus § 300 Nr. 1: diese Bestimmung erlaubt den Antrag auf Erlassung eines Versäumnisurteils zurückzuweisen, „wenn die erschienene Partei die vom Gerichte wegen eines von Amtswegen zu berücksichtigenden Umstandes erforderte Nachweisung nicht zu beschaffen vermag." Damit ist auch bewiesen, dafs hier der Richter an ein Zugeständnis der Parteien nicht gebunden ist. Auch hier macht aber der Richter von der Interimswahrheit in dem dargestellten Sinn — wie das wirkliche Prozefsleben sofort zeigt — ausgiebigsten Gebrauch; er wirft überhaupt die Frage, ob die Partei nicht vielleicht Ausländer sei, nicht auf, sofern nicht ganz besondere Gründe ihn dazu motivieren. Grundsätze des Verfahrens also, wie sie nach den vorstehenden Erörterungen da Platz greifen sollen, wo die Frage z. B. nach der Staatsangehörigkeit einer Person im Interesse der internationalrechtlichen Vorentscheidung beantwortet werden mufs, gelten unzweifelhaft da, wo die Staatsangehörigkeit im Interesse der rein prozessualen Frage der Prozefsfähigkeit der Feststellung bedarf. Giebt man aber, wie man hiernach mufs, die praktische Möglichkeit solcher Grundsätze zu, so ist das einzige bedeutsame Bedenken dagegen, dafs sie für unsern Fall wirklich Recht bilden, aus dem Wege geräumt.

Viertes Kapitel.

Einzelne Kollisionsnormen von allgemeiner Bedeutung.

Die Darstellung der in den einzelnen Rechtsgebieten geltenden Kollisionsnormen kann zweckmäſsig nur so angeordnet werden, daſs sie dem System der materiellrechtlichen Fragen folgt, für welche das anwendbare Recht in den Kollisionsnormen bestimmt wird. Soweit sie also in diesem Buch überhaupt beabsichtigt ist (s. Einleitung S. 26), gehört sie ins 'angewandte internationale Privatrecht'. An dieser Stelle sollen nur zwei in den verschiedensten Rechtsordnungen sich findende Kollisionsnormen (oder Gruppen von solchen) besprochen werden, und zwar deshalb, weil ihre Bedeutung sich nicht auf einzelne Rechtslehren beschränkt, und weil zugleich ein naher Zusammenhang zwischen ihnen und den allgemeinen in diesem Bande behandelten Fragen besteht: es sind die Kollisionsnormen, die man als 'Vorbehaltsklauseln' bezeichnen kann, und die, welche auf die Bestimmung des Personalstatuts Bezug haben.

I. Die Vorbehaltsklausel[123].

In den Gesetzestexten wird oft und bei den Schriftstellern meist den einzelnen Anwendungsnormen noch ein allgemeiner Satz hinzugefügt, der ihnen gemeinsam vorgehen soll, sich also zu ihnen allen als gemeinsame Ausnahme verhält. Gleichgiltig, wie im übrigen die Anwendungsnormen lauten: für gewisse Rechtssätze wird ihres Inhalts halber etwas anderes vorbehalten. Und zwar tritt diese Ausnahme, wie ein Blick in die Gesetzesbestimmungen lehrt, jedenfalls ihrer Form nach zweifach auf[124]. Entweder wird, obwohl nach den eignen Kollisionsnormen an sich eine bestimmte fremde Rechtsordnung anwendbar ist, doch die Anwendbarkeit

[123] S. v. Bar I S. 127—132, II S. 6 fg., Lehrbuch S. 24—26; Meili, Geschichte und System S. 63 fg.; Böhm S. 8—11, 107; Niemeyer S. 62 bis 71, 144 ff.; Neumann S. 145—147, 49. Weitere Litteratur ist bei diesen Schriftstellern angeführt. Beachtenswert auch Kahn in den Jahrbüchern für die Dogmatik 30 S. 3 (mit Nachweisen über die Rechtsprechung) und S. 133—139. Gesetzesmaterial: Niemeyer S. 4*—8*, Neumann Nr. 58—74.

[124] S. Niemeyer S. 66 fg. Über Savignys Unterscheidung (System VIII S. 32 ff.) s. Niemeyer S. 64 ff.

gewisser fremder Rechtssätze ihres Inhalts halber versagt, oder es wird, obwohl nach den eignen Kollisionsnormen die eigne Rechtsordnung nicht anwendbar ist, doch die Anwendbarkeit gewisser eigner Rechtssätze ihres Inhalts halber angeordnet[125]. Es ist zunächst erforderlich, das Wesen einer derartigen Kollisionsnorm — die der Kürze halber Vorbehaltsklausel genannt werden soll — im allgemeinen festzustellen.

1. Die Vorbehaltsklausel überhaupt.

a. Die Vorbehaltsklausel sagt, dafs gewisse Rechtssätze des an sich anwendbaren fremden Rechts ausnahmsweise unanwendbar, dafs gewisse Rechtssätze des an sich nicht anwendbaren eignen Rechts ausnahmsweise anwendbar sein sollen. Der Kreis dieser Rechtssätze mufs irgendwie abgegrenzt werden. Entscheidend ist der Inhalt der Rechtssätze: ihres Inhalts halber verlangen gewisse eigne Rechtssätze immer Anwendung, ihres Inhalts halber können fremde Rechtssätze so gemifsbilligt sein, dafs ihre Nichtanwendung in Frage kommt. Diesen Inhalt gilt es zu bestimmen, man mufs ein generelles Merkmal zu finden suchen, an dem man erkennen kann, welche Rechtssätze unter jene Ausnahme fallen, und das zugleich die Rechtfertigung für ihre Ausnahmestellung enthält. Die Gesetzgebungen, die überhaupt eine ausdrückliche Vorbehaltsklausel enthalten, machen — von einigen wenigen, die in die Kasuistik hinabsteigen, abgesehen — einen solchen Versuch. Die Lösungen, die sie geben, sind, wennschon gewisse Stichworte gemeinsam wiederzukehren pflegen, sehr mannigfaltig — man lese nur die kurze Zusammenstellung bei Niemeyer S. 63 fg.; den jüngsten Versuch bietet die deutsche Gesetzgebung, Art. 30 des EG. lautet: „Die Anwendung eines ausländischen Gesetzes ist ausgeschlossen, wenn die Anwendung gegen die guten Sitten oder gegen den Zweck eines deutschen Gesetzes verstofsen würde“.

Es scheint demnach, als könne der Bereich der anwendbaren und nicht anwendbaren Sätze nur durch eine Arbeit auf dem Gebiet der einzelnen positiven Rechtsordnung festgestellt werden.

[125] Man vergleiche die negativen Formulierungen z. B. in Argentinien (Niemeyer Nr. 23), Montenegro (ebenda Nr. 43), Montevideo (ebenda Nr. 44), Sachsen (ebenda Nr. 47) mit den positiven z. B. im Berner Entwurf (Niemeyer Nr. 27), im Entwurf Laurent (ebenda Nr. 39), auch in Spanien (Neumann Nr. 74). Beide Formulierungen zugleich zeigen z. B. das Griechische Recht (Niemeyer Nr. 33) und das des Congostaats (Neumann Nr. 62).

Dem ist indes in Wahrheit nicht so. Alle jene übrigens fast immer nur auf sehr allgemeine Wendungen beschränkten Gesetzesformulierungen dürfen ihrem letzten Sinne nach als im wesentlichen einheitlich angesehen werden. Es handelt sich um ein für die verschiedenen Rechtsordnungen völlig gleiches gesetzgeberisches Problem, das, abstrakt genommen, überall auch eine völlig gleiche Beantwortung verlangt: jene Formulierungen sind alle nur ein Stammeln, der mehr oder minder mifslungene Versuch eines Ausdrucks für etwas, was bei dem jetzigen Stande der Erkenntnis nicht völlig ausdrückbar ist. Man gewinnt aus einigen konkreten Fällen den allgemeinen Gedanken, dafs der Inhalt des fremden Gesetzes, gleichviel um welche Rechtsfrage es sich handelt, einen Grund gegen seine Anwendbarkeit, die abgesehen davon anzuerkennen wäre, abgeben könne. Aus Anlafs jener Fälle wird nun ein allgemeiner Ausnahmesatz in rascher Generalisierung konstruiert und in möglichst unbestimmt gehaltenen Wendungen ausgedrückt. Und ebenso steht es mit dem Vorbehalt zu Gunsten der Anwendbarkeit des eignen Rechts. Jedenfalls — und darauf kommt es hier an — hindern diese Formulierungen nicht daran, dem Ausnahmesatz einen bestimmteren sichreren Inhalt zu geben. Für jeden Rechtssatz ist ja Inhalt und Begrenzung aus dem herauszufinden, was er als Glied der gesamten Rechtsordnung vernünftigerweise bezwecken mufs; die zufälligen Gedanken seiner Verfasser bleiben dabei aufser Betracht.

Und ebenso hindern jene Gesetzesformulierungen durchaus nicht, die Ausnahme noch über das hinaus, was im Gesetz ausgesprochen ist, zu erweitern — so wird es z. B. auch mit dem angeführten Art. 30 des D. EG. geschehen müssen —; ist ja doch sogar in den Gesetzgebungen, in denen jede derartige Klausel ganz fehlt, eine solche einfach hinzuzudenken: wenn irgendwo aus dem 'Geist des Rechts' heraus eine Ergänzung möglich ist, so ist das hier der Fall. Denn die Vorbehaltsklausel ist für jede Rechtsordnung unentbehrlich. Die internationale Rechtsgemeinschaft hat, wie früher (S. 16) gesagt, zur Voraussetzung, dafs jeder Staat seine souveräne Gesetzgebungsmacht in einer für den anderen Staat erträglichen Weise gebraucht: fehlt es daran, so kommt es notwendig zu einem Bruch jener Rechtsgemeinschaft, d. h. zu einer Kollisionsnorm, wie sie eben die Vorbehaltsklausel ist.

Demnach erwächst der Wissenschaft des internationalen Privatrechts eine doppelte Pflicht. Sie mufs, ungehemmt durch die in den positiven Vorbehaltsklauseln gebrauchten Ausdrücke, einmal unter-

suchen, ob es überhaupt allgemeine Inhaltsmerkmale der Rechtssätze giebt, nach denen ihre ausnahmsweise eintretende Anwendbarkeit oder Unanwendbarkeit bestimmt werden kann. Es ist möglich, dafs sie dabei ganz oder teilweise zu dem Ergebnis kommt, es gebe solche allgemeinen Gesichtspunkte nicht, vielmehr seien bei jedem Rechtssatz ausschliefslich individuelle Momente, die eine zusammenfassende Charakterisierung nicht zuliefsen, entscheidend. Sofern sich aber allgemeine Gesichtspunkte finden, würde die Wissenschaft ferner die Aufgabe haben, sie möglichst scharf und eingehend durchzubilden und auf diese Weise den abstrakten Begriff so nahe wie sie nur kann an die konkreten Fälle heranzuführen: die bei derartigen Fragen so vielfach gebrauchte Ausflucht, man müsse die Entscheidung dem Richter überlassen, ist nur eine Trägheit des theoretischen Denkens, denn der Richter soll ja auch nicht würfelnd sondern aus Gründen entscheiden. Erst dann hat die Theorie ihre Aufgabe erledigt, wenn sie bis zu der Grenze vorgedrungen ist, wo die Möglichkeit der Abstraktion aufhört und die rein individuellen Momente des Falls mit in Betracht kommen: sie kann dann nur noch durch Beispiele eine gewisse Wegweisung schaffen, sofern sie nicht — das wäre der günstigere Fall — bezüglich der Würdigung dieser Momente auf andere Instanzen, wie z. B. auf die Lebensanschauung, zu verweisen in der Lage ist.

Solche theoretischen Versuche, den Kreis der Rechtssätze, die nicht anwendbar sein sollen, näher zu begrenzen und ihm einen greifbaren Sinn zu geben, sind, wie der Kundige weifs, sehr zahlreich; dafs sie die Frage bereits völlig gelöst hätten, wird niemand behaupten wollen. Eine Übersicht und Kritik dieser Versuche geben v. Bar und Niemeyer a. a. O., s. auch Meili, Geschichte und System S. 63 fg., deren Ausführungen hier als bekannt vorausgesetzt werden müssen. v. Bar selbst formuliert weitaus besser und tiefer greifend als vor ihm geschehen dahin: „Unsere Rechtsordnung und unsere Gerichte dürfen sich nicht dazu hergeben, unmittelbar Rechtsverhältnisse oder Rechtsansprüche zu realisieren, welche von den einheimischen Gesetzen als unbedingt verwerfliche betrachtet werden“ [126]. Für die Kodifikation schlägt er vor: „Die Anwendung auswärtiger Rechtsnormen ist insoweit ausgeschlossen, als sie dazu dienen würde, im Gebiete des Staates Rechtsverhältnisse zu verwirklichen oder Handlungen und Leistungen zu

[126] I S. 130; Lehrbuch S. 25 ebenso: „bei uns unbedingt als unzulässige betrachtet werden“.

erzwingen, welche nach der Gesetzgebung des Staates daselbst nicht geduldet, bezw. daselbst nicht erzwungen werden sollen" (I S. 132). Niemeyer schlägt als § 1 vor: Absatz 1 „Die Vorschriften dieses Gesetzbuches sind unter Ausschlufs ausländischen Rechtes anzuwenden, soweit ihr Sinn und Zweck ausschliefsliche Anwendung fordert", Absatz 2 „Ausländisches Recht ist ferner nicht anzuwenden, soweit dadurch im Inlande Rechtseinrichtungen oder Rechtsansprüche Verwirklichung finden würden, welche sittlich verwerflich sind"[127]. Neumann formuliert als § 33: „Ein Anspruch, dessen Grund oder Gegenstand gegen ein inländisches Verbotsgesetz oder gegen die guten Sitten verstöfst, oder dessen Klagbarkeit im inländischen Recht überhaupt nicht anerkannt ist, ist von Amtswegen zurückzuweisen, auch wenn derselbe nach dem in Gemäfsheit der vorstehenden Bestimmungen anwendbaren ausländischen Rechte begründet ist".

Diese neuesten Formulierungen enthalten unzweifelhaft einen erheblichen Fortschritt. Es bleibt aber zu fragen, ob es nicht möglich ist, die grofse Entfernung zwischen dem theoretischen Grundsatz und seiner Übersetzung in die konkrete Wirklichkeit wenigstens noch etwas zu verringern. Einen solchen Versuch machen die folgenden Erörterungen. Sie wollen sowohl für das deutsche Recht (EG. Art. 30) brauchbar sein, indem sie in den allgemeinen Rahmen, den es zieht, einige Striche des Bildes einzeichnen, als auch darf das Ergebnis ebenso für andere Gesetzgebungen, so verschieden ihr Inhalt auch sein mag, als erheblich gelten, eben jener besprochenen Eigentümlichkeit der allgemeinen Vorbehaltsklausel halber. Eine wirklich erschöpfende Bearbeitung dieses Gegenstandes würde übrigens nur in einem eignen umfangreichen Werk gegeben werden können; im folgenden soll nicht alles, was erspriefslich zu sagen wäre, sondern nur einiges nötigste gesagt werden. Eine Auseinandersetzung mit fremden Meinungen[128] wird dem Charakter des vorliegenden Buchs entsprechend auch hier wieder vermieden; es kommt nur darauf an, einige eigne Gesichtspunkte klar herauszustellen.

b. Die Vorbehaltsklausel behält bald die Nichtanwendung fremden an sich anwendbaren Rechts, bald die Anwendung eignen

[127] S. 273. Er fährt fort: „und ferner soweit das auswärtige Recht auf einer so niedrigen Entwickelungsstufe steht, dafs seine Anwendung im Inlande nicht angemessen erscheint". Dazu s. oben S. 167 fg.

[128] insbesondere mit den eingehenden Untersuchungen Laurents in seinem Droit civil international VIII S. 155 ff. und sonst vielfach.

an sich nicht anwendbaren vor. Es ist nunmehr zuerst notwendig, das Verhältnis dieser beiden Arten von Bestimmung zu einander klarzustellen. In allen vorstehenden Untersuchungen wurde fortdauernd zwischen Anwendung eignen und Anwendung fremden Rechts unterschieden, der Unterschied durfte als von selbst klar gelten. Hier aber soll zwischen Anwendung eignen und Nichtanwendung fremden Rechts unterschieden werden, und da fragt sich, ob ein solcher Unterschied wirklich gemacht werden kann. Zur Beantwortung dieser Frage ist es nötig, genau den Sinn festzustellen, in dem sie überhaupt von 'Rechtssätzen' und von 'Anwendung oder Nichtanwendung' spricht.

Was ist mit Anwendung oder Nichtanwendung eignen oder fremden Rechts, eigner oder fremder Rechtssätze gemeint?

Vor allem: wir sprechen von der Nichtanwendung eines fremden Rechtssatzes oder der zwingenden Anwendung eines eignen Rechtssatzes nicht blofs da, wo der Rechtssatz in seiner Formulierung gerade nur speziell auf solche bestimmte Art von Fällen gemünzt ist, sondern auch da, wo er ganz allgemein lautet und die Anwendung auf einen solchen Fall wie den vorliegenden nur ein Ausschnitt seines möglichen Anwendungskreises ist. Wenn wir ein bestimmtes unsittliches Geschäft für nichtig erklären, so wenden wir den Rechtssatz an, dafs alle unsittlichen Geschäfte nichtig seien — eine besondere Nichtigkeitserklärung gerade dieses bestimmten Geschäftstypus braucht nicht vorhanden zu sein. Umgekehrt: wenn wir einen bestimmten Vertrag für giltig erklären, so wenden wir den Rechtssatz an, dafs Verträge im allgemeinen giltig seien — eine besondere Sanktion gerade dieses bestimmten Geschäftstypus braucht nicht vorhanden zu sein.

Sodann: wir sprechen auch da von Anwendung oder Nichtanwendung eines Rechtssatzes, wo dieser Rechtssatz garnicht als eigner Satz in der Gesetzgebung formuliert ist: der betreffende Satz mufs sich nur als Inhalt des Rechts überhaupt ergeben. Wir betrachten z. B. den Satz, dafs Sklaverei unmöglich, jeder Mensch vielmehr fortdauernd rechtsfähig sei, als einen Rechtssatz des deutschen BGB., und doch ist er hier nicht ausgesprochen, sondern ergiebt sich nur daraus, dafs das BGB. die Rechtsfähigkeit des Menschen mit der Geburt entstehen läfst (§ 1) und keinen Thatbestand normiert, an den der Verlust der Rechtsfähigkeit geknüpft wäre[129]. Oder anders ausgedrückt. Sprechen wir von

[129] Entwurf I und II hatten noch den Zusatz: „und (die Rechtsfähigkeit)

Anwendung und Nichtanwendung von Rechtssätzen, so stellen wir uns dabei auf den Standpunkt, dafs ein einzelner Fall zu entscheiden sei: entspricht die Entscheidung des Falls dieser Rechtsordnung, so ist sie angewendet, entspricht sie ihr nicht, so ist sie nicht angewendet. Wir dürfen also bei allgemeiner lautenden Rechtssätzen nicht fragen: ist dieser eigne Satz überhaupt zwingend anwendbar? ist dieser fremde überhaupt unanwendbar? sondern, da die Entscheidung je nach dem zu entscheidenden Fall verschieden ausfallen kann: ist er für solche Fälle wie den vorliegenden anwendbar oder unanwendbar?

Es ist darum weiter auch ganz gleichgiltig, ob der anzuwendende Rechtssatz inhaltlich positiv oder negativ ist. Dieser Unterschied ist natürlich kein Unterschied der Rechtssätze, wenn man sie als abstrakte Gröfsen betrachtet. Abstrakt genommen gehen alle wirklichen Rechtssätze darauf hinaus, anzuordnen, welche Art von rechtlicher Wirkung an welchen Thatbestand geknüpft sei. Entweder ordnen sie an: an diesen Thatbestand ist diese Wirkung geknüpft; oder sie nehmen nur ein einzelnes Thatbestandsmoment besonders heraus, sagen also, ein gewisses Erfordernis müsse gewahrt sein. Dieses Erfordernis kann natürlich auch Abwesenheit irgend eines bestimmten Umstandes sein (negatives Erfordernis). Alle wirklichen Rechtssätze, mögen sie nun ganze Rechtssätze oder Teilrechtssätze sein, sind in diesem Sinne bejahend, gleichviel ob sie grammatisch in Form bejahender oder verneinender Sätze auftreten. Wohl aber ergiebt sich jener Unterschied zwischen positiven und negativen Sätzen wiederum, sobald man sich, wie wir es zu thun haben, vor die Entscheidung des einzelnen Falls gestellt denkt, also fragt, ob an gerade diesen Thatbestand diese behauptete Rechtswirkung geknüpft ist oder nicht. Die Entscheidung nach der in Betracht gezogenen Rechtsordnung kann hier bejahend oder verneinend sein, und demgemäfs werden wir dann von einem Rechtssatz positiven oder negativen Inhalts sprechen können: der Rechtssatz ist positiv, wenn er bei diesem Thatbestand, von dem wir ausgingen, diese ins Auge gefafste Wirkung eintreten, negativ, wenn er sie nicht eintreten läfst, also einem solchen Thatbestand überhaupt rechtliche Bedeutung für eine solche Wirkung abspricht oder wenigstens noch irgend ein Mehr von Voraussetzungen erfordert.

Damit haben wir sofort auch eine wichtige Erkenntnis für den Begriff der 'A n w e n d u n g' und 'N i c h t a n w e n d u n g' von Rechts-

endigt mit dem Tode". Darin lag eine Verwerfung der Sklaverei, weil auszulegen war 'und endigt n u r mit dem Tode'.

sätzen. Unter 'Anwendung' verstehen wir (s. oben S. 35): einen Fall unter Zugrundelegung dieses objektiven Rechts entscheiden. Unter 'Nichtanwendung' kann im Gegensatz hierzu ein doppeltes verstanden werden, entweder: den Fall, der eigentlich nach diesem fremden Recht entschieden werden sollte, überhaupt nicht entscheiden, weil man eben das fremde Recht nicht anwenden will, oder: ihn zwar entscheiden, aber nicht unter Zugrundelegung dieses objektiven Rechts. In einigen wenigen, später (S. 366 ff.) zu betrachtenden Fällen hat nun allerdings die Nichtanwendung fremden Rechts jenen ersteren Sinn — der Richter oder wer ihm gleichsteht weigert seine Thätigkeit. Davon können wir hier noch absehen. Im übrigen hat 'Nichtanwendung' immer den zweiten Sinn: der Fall wird also allerdings entschieden, nur nicht nach dem fremden Recht. Da aber jede Entscheidung einen rechtlichen Obersatz voraussetzt, so bedeutet 'Nichtanwendung' stets Anwendung eines anderen Satzes in der Eigenschaft eines Rechtssatzes. Welches dieser andere Satz ist, bleibt zu untersuchen.

Versteht man — und das mufs man — in diesem Sinne Anwendung eignen und Nichtanwendung fremden Rechts, so ergiebt sich sofort, dafs beide Begriffe keinen sich ausschliefsenden Gegensatz bilden. Es bedarf keines Beweises, dafs die Anwendung eignen Rechts immer und in jedem Fall zugleich auch Nichtanwendung fremden Rechts ist, sofern nur — und das wird ja hier vorausgesetzt, da die ganze Frage sonst überhaupt kein Interesse haben würde — das eigne und das fremde Recht etwas Verschiedenes bestimmen. Ist das eigne anzuwendende Recht positiv, so tritt eine Wirkung ein, die nach fremdem Recht nicht eintreten würde, gleichgiltig, ob das fremde Recht überhaupt keine oder eine andere Wirkung eintreten läfst; das fremde, die Wirkung versagende oder eine andere Wirkung bejahende Recht wird also nicht angewendet.

Spricht man umgekehrt von Nichtanwendung fremden Rechts, so ist zu unterscheiden. Gewöhnlich, ja fast immer handelt es sich bei der zu treffenden Entscheidung nur um ein Ja oder Nein, d. h. es ist entweder nur eine bestimmte positive Entscheidung oder eine negative möglich. Die Frage lautet z. B.: ist dieses Rechtsgeschäft seinem Inhalt nach giltig oder nicht? giebt Wahnsinn Scheidungsgrund oder nicht? Es ist wiederum ganz klar, dafs es in allen solchen Fällen zu dem gleichen Ergebnis führt, ob man von Nichtanwendung des fremden oder von Anwendung des eignen Rechts spricht: eignes und fremdes Recht stehen eben in kontradiktorischem Gegensatz. Ist der fremde Rechtssatz negativ (das Rechtsgeschäft ist nichtig, Wahnsinn giebt

keinen Scheidungsgrund), so bedeutet seine Nichtanwendung Anwendung des eignen positiven Rechtssatzes, demzufolge das Rechtsgeschäft giltig sei, Wahnsinn einen Scheidungsgrund abgeben soll; und ebenso umgekehrt: ist der fremde Rechtssatz positiv, so bedeutet seine Nichtanwendung Anwendung des eignen negativen, z. B. Nichtanwendung des fremden, die Mehrehe gestattenden Gesetzes ist zugleich Anwendung von BGB. § 1309 „Niemand darf eine Ehe eingehen, bevor seine frühere Ehe aufgelöst oder für nichtig erklärt worden ist", Nichtanwendung eines fremden Gesetzes, das die Giltigkeit eines nach unserer Anschauung unsittlichen Vertrages ausspricht, ist zugleich Anwendung von BGB. § 138 „Ein Rechtsgeschäft, das gegen die guten Sitten verstöſst, ist nichtig". Und ebenso steht es wie früher gesagt auch dann, wenn ein solcher Satz des eignen Rechts als ausdrücklicher nicht existiert: Nichtanwendung des fremden die Sklaverei, das Züchtigungsrecht des Ehemanns gestattenden Rechtssatzes ist zugleich Anwendung des eignen Rechts, das sie stillschweigend verbietet.

Verschieden hingegen ist die Sachlage, wenn es sich bei der zu treffenden Entscheidung nicht um ein Ja oder Nein sondern um ein So oder Anders handelt, wenn also entweder das eigne und das fremde Recht beide eine positive, aber jedes eine verschiedene Entscheidung geben, oder wenn zwar die eine Rechtsordnung eine negative Entscheidung, die andere eine positive giebt, aber diese positive in verschiedener Weise denkbar wäre. Geben beide Rechtsordnungen positive Entscheidungen, so geht die Anwendung des eignen Rechts über die bloſse Nichtanwendung des fremden Rechts hinaus. Die Anwendung des eignen Rechts bedeutet hier: es tritt die vom fremden Recht angeordnete Wirkung nicht ein, statt ihrer vielmehr die des eignen. Die bloſse Nichtanwendung des fremden Rechts hingegen bedeutet: es tritt weder die vom fremden, noch die vom eignen Recht angeordnete Wirkung ein, der Thatbestand bleibt vielmehr wirkungslos — das ist ein dritter, weder dem einen noch dem anderen Recht angehöriger sondern ein neuer, in Verbesserung des fremden Rechts geschaffener Satz. Und ebenso ist denkbar, daſs der nicht anzuwendende Rechtssatz des fremden Rechts sich nur als Ausnahmesatz zu einer sonstigen Regel des fremden Rechts mit positivem Inhalt darstellt: Nichtanwendung des fremden Rechtssatzes bedeutet dann nicht, daſs eine negative Entscheidung oder daſs diejenige positive erfolgt, welche etwa dem eignen Recht gemäſs wäre, sondern daſs nun das fremde Recht unter Beiseitelassung jener Ausnahme angewendet wird.

Ob derartige Fälle, wo die bloſse Nichtanwendung eines fremden

Rechtssatzes zu anderem Ergebnis führt als die Anwendung des eignen, wirklich im Rahmen des allgemeinen 'Vorbehalts' vorkommen, braucht hier nicht erörtert zu werden. Wenn sie überhaupt vorkommen, sind sie doch selten. Für die grofse Masse aller Fälle, in denen der Vorbehalt wirksam wird, ist es, wie gezeigt, völlig gleichwertig, ob man von Anwendung des eignen oder Nichtanwendung fremden Rechts spricht. Die ganze sachliche Unterscheidung ist soweit zwischen den Händen zerronnen. Es bleibt höchstens zu fragen, ob es nicht Rücksichten giebt, welche dem einen oder dem anderen Ausdruck ein Vorzugsrecht für den Gebrauch gewähren.

Ich glaube, man darf sagen: der Unterschied ist im wesentlichen ein Unterschied des 'Accents'. Denkt man zunächst daran, dafs eigentlich das fremde Recht angewendet werden müfste und findet nun, dafs dieser bestimmte fremde Rechtssatz unanwendbar und statt seiner ein eigner Rechtssatz anwendbar sei, so wird man lieber von Nichtanwendung fremden Rechts sprechen und die andere Seite dieser Erscheinung, die Anwendung eignen Rechts, zurücktreten lassen. Denkt man umgekehrt zunächst daran, dafs gewisse inländische Rechtssätze ihres Inhalts halber stete Anwendung verlangen, so braucht man garnicht zu prüfen, ob das fremde Recht mit dem unseren übereinstimmt; man wird hier darum leicht diese andere Seite der ganzen Sache, die Nichtanwendung fremden Rechts, als blofse Kehrseite weniger beachten.

Für diese Verschiedenheit des gedanklichen Accents wird es von grofsem Einflufs sein, ob in der einen oder der anderen Rechtsordnung ein eigens formulierter Rechtssatz vorhanden ist. Wenn z. B. in der eignen Rechtsordnung ein besonderer Rechtssatz existiert, der das Differenzgeschäft für nichtig erklärt, während die Giltigkeit dieses Geschäfts nach fremdem Recht blofs eine Anwendung des allgemeinen Satzes ist, dafs alle Verträge giltig seien, eines Satzes, von dem das fremde Recht für Differenzgeschäfte eben keine Ausnahme macht, und nun die Entscheidung im konkreten Fall für Nichtigkeit des Differenzgeschäfts gegeben wird, so mag es näher liegen, von Anwendung des eignen Verbotsgesetzes und nicht blofs von Nichtanwendung des fremden Rechts zu reden. Und umgekehrt: wenn das fremde Recht einen besonderen Rechtssatz enthält, der ein gewisses Geschäft noch besonders für giltig erklärt, während es bei uns ungiltig ist, weil wir es als unsittlich ansehen und die allgemeine Regel besitzen, dafs unsittliche Geschäfte nichtig seien, so wird man vielleicht eher geneigt sein,

von Nichtanwendung des fremden als von Anwendung des eignen Rechts zu reden.

Dafs aber dieser Unterschied nicht ausreichend ist und darum nicht zu Grunde gelegt werden darf, das ergiebt sich schon daraus, dafs doch möglicherweise ein besonderer Rechtssatz in beiden Rechtsordnungen fehlt oder in beiden vorhanden ist.

Uns scheint es wichtig, im folgenden immer von der Nichtanwendung fremden Rechts zu reden, einmal weil dies der alle Fälle umfassende Ausdruck ist, sodann weil dadurch sofort die Ausnahmenatur des Vorbehalts angedeutet wird: eigentlich sollte, nach den eignen Anwendungsnormen dieses Staats, das fremde Recht angewendet werden, ausnahmsweise geschieht das wegen des Inhalts des fremden Rechts nicht. Soweit Fälle vorkommen, in denen eine über die blofse Nichtanwendung des fremden Rechts noch hinausgehende Anwendung eignen Rechts angeordnet ist, lassen sich diese an geeigneter Stelle miteinfügen.

Für die wissenschaftliche Gruppierung der Fälle, die unter die Vorbehaltsklauseln gehören, scheint ein andrer Gesichtspunkt vorteilhaft zu sein. Durchmustert man die Gesichtspunkte oder Beurteilungsmafsstäbe, nach denen Gesetzgebungen und theoretische Arbeiten den Kreis der von der Anwendung ausgeschlossenen fremden Rechtssätze bestimmen, so zeigt sich sofort ein charakteristischer Unterschied. Entweder wird das fremde Recht in Vergleich mit dem einheimischen gesetzt und deshalb und soweit für unanwendbar erklärt, weil und wieweit es gewissen Vorschriften des einheimischen Rechts widerspricht, oder es wird nach einem allgemeineren Mafsstab beurteilt: wenn sein Inhalt als diesem Mafsstab nicht entsprechend gemifsbilligt wird, soll es unanwendbar sein. Insbesondere handelt es sich da um eine Prüfung nach dem Gesichtspunkte des Verstofses gegen die guten Sitten.

Eine wirkliche sachliche Einteilung der Fälle — sodafs jeder Fall entweder nur in die eine oder nur in die andere Gruppe gehören müfste — ist das freilich auch nicht: ein und derselbe Fall kann zugleich in beide Gruppen gehören. Denn auf der einen Seite müssen insbesondere die Sittlichkeitsanschauungen, gegen die das fremde Recht nicht verstofsen darf, auch solche sein, die unserer Rechtsordnung zu Grunde liegen und können in ihr sogar als besondere Rechtssätze formuliert sein — es wird sich später zeigen, in wie weitem Mafs das statthat —, sodafs der fremde Rechtssatz, der gegen die guten Sitten verstöfst, zugleich auch gegen einen

einheimischen Rechtssatz verstöſst; auf der anderen Seite aber ist die Unanwendbarkeit des fremden Rechts damit noch nicht festgestellt, daſs nur seine Abweichung von unserem Recht konstatiert ist: da ja doch die Unanwendbarkeit des fremden Rechts nur eine Ausnahme sein soll, muſs weiter auch bestimmt werden, nach welchem Merkmal sich die Sätze des eignen Rechts, denen das fremde nicht widersprechen darf, aussondern. Hier kehren nun die Versuche, einen allgemeinen Beurteilungsmaſsstab zu finden, wieder, und dieser Beurteilungsmaſsstab kann derselbe sein, den wir dort unmittelbar an das fremde Recht anlegten, wie ja sogar wirklich einige Gesetzgebungen nicht von der Unanwendbarkeit fremder Gesetze, die gegen die guten Sitten verstoſsen, sondern davon reden, daſs fremdes Recht den Vorschriften des eignen Rechts, die die 'guten Sitten' zum Gegenstand haben, nicht zuwiderlaufen dürfe[130].

Immerhin wird man aber diesen Unterschied zur nächsten Gruppierung benutzen können — wobei einstweilen noch dahingestellt bleiben soll, ob diesen beiden Gruppen nicht noch eine dritte hinzuzufügen ist —. Denn der Unterschied bleibt jedenfalls ein Unterschied in der Art der Aussonderung des nicht anwendbaren fremden Rechts: dort wird das allgemeine Merkmal unmittelbar zur Entscheidung berufen, hier erst mittelbar; dort wird man also versuchen dürfen, das unanwendbare fremde Recht zu bestimmen zwar auch nur vom Boden der eignen Rechtsordnung aus aber doch ohne in eine Prüfung der einzelnen Rechtssätze des eignen Rechts einzutreten: der 'Accent' liegt darum gerade dort ganz auf der Seite der Nichtanwendung des fremden Rechts; hier hingegen muſs sich die Aufmerksamkeit sofort auf das eigne Recht richten, und darum gehören diese Fälle näher mit denen zusammen, wo wir von Anwendung des eignen Rechts sprechen müssen, weil statt der positiven Anordnung des fremden Rechts eine andersartige des eignen Rechts angewendet werden will. Wir bilden deshalb für das folgende diese beiden Gruppen von Fällen: einmal sprechen wir von der Nichtanwendung fremden Rechts wegen Miſsbilligung seines Inhalts an sich, d. h. ohne daſs dafür der Inhalt des eignen Rechts in Betracht käme, und dann erst von dem Fall, wo unsre Miſsbilligung

[130] So Italien (leggi riguardanti il buon costume, Neumann Nr. 70), ferner Spanien (leyes que tienen por objeto las buenas costumbres, Neumann Nr. 74), der Congostaat (lois qui ont en vue la morale publique, Neumann Nr. 62), der Entwurf Laurent (lois qui concernent les bonnes moeurs); s. auch die positive Fassung im Berner Entwurf (Gesetze, welche die guten Sitten betreffen, Neumann Nr. 61).

auf einer Vergleichung mit dem eignen Recht beruht; mit diesen letzteren Fällen zusammen behandeln wir die, in denen das eigne Recht seinen positiven Bestimmungen nach unmittelbar angewendet werden will. Diesen beiden Gruppen von Fällen wird später noch eine dritte hinzugefügt werden: die Mifsbilligung des fremden Rechts geht dort aus einem Vergleich mit den völkerrechtlichen Anforderungen hervor.

c. Die Vorbehaltsklausel soll eine Ausnahme von den sonstigen internationalprivatrechtlichen Regeln des Staats sein.

Sie soll eine Ausnahme sein — ihre Ausnahmenatur zeigt sich dadurch, dafs neben ihr eine allgemeinere Anwendungsnorm in diesem Staat vorhanden ist, welche für eine solche Rechtsfrage 'an sich', d. h. eben abgesehen von dieser Ausnahme, Beurteilung nach fremdem Recht vorschreibt [131]. Man kann das auch so ausdrücken: die Ausnahme liegt nur vor, wenn die Herrschaft der fremden Rechtsordnung für derartige Fälle im Allgemeinen anerkannt ist, und blofs wegen der besonderen Art, wie die Herrschaft ausgeübt wird, wegen des besonderen Inhalts der Rechtssätze also, durch welche die Herrschaft ausgeübt wird, im einzelnen Fall die Folgerung aus jener Herrschaftsanerkennung internationalprivatrechtlich nicht gezogen wird.

Und sie bezieht sich nur auf das internationale Privatrecht. Nicht hierher gehörig sind mithin die Sätze, welche etwas über die Anwendbarkeit des öffentlichen Rechts eines Staats bestimmen [132]. Dafs der Herrschaftsbereich auch des öffentlichen Rechts auf Gebietshoheit und Personalhoheit beruht, ist klar; mit der näheren Abgrenzung aber, wie weit die Gebietshoheit auch Fremden gegenüber geht, haben wir es hier nicht zu thun (s. oben S. 97 ff.). Es handelt sich bei der territorialen Geltung des öffentlichen Rechts zudem nicht um Ausnahmen von sonstigen Grundsätzen, sondern selbst um Grundsätze. Aus dem gleichen Grunde gehört es auch nicht hierher, dafs der Staat, wie früher ausgeführt, kraft seiner Gebietshoheit auch Fremden in gewissem Umfang Befehle von

[131] Darum dürfen die Entscheidungen, welche den Satz locus regit actum gegenüber gewissen Formbestimmungen des im übrigen mafsgebenden Rechts hinfällig sein lassen (s. Seufferts Archiv 19 Nr. 108, Blätter für Rechtsanwendung in Bayern 23 S. 247), nach der Auffassung dieses Buches (s. oben S. 264) nicht als Belege für die Anwendung der Vorbehaltsklausel angeführt werden.

[132] S. indes die Bemerkung von Niemeyer S. 64 oben.

privatrechtlicher Bedeutung geben kann. Es wurde im ersten Buch mehrfach davon gesprochen[133], wie die „Normen des allgemeinen Verhaltens“, denen auch der Fremde im Inland unterworfen ist, ihre Rückwirkung auch auf privatrechtliche Fragen üben können, die an sich nach einem fremden Recht zu beurteilen wären. Aber damit ist die Frage und der Fall, mit dem wir es hier zu thun haben, garnicht getroffen. Jene Thatsache beruht selbst auf einer internationalrechtlichen Regel, die, jedenfalls soweit sie international-privatrechtlich ist, auch von jedem fremden Staat anzuerkennen ist. Handelt es sich z. B. um die Beurteilung einer Obligation auf eine etwa in England vorzunehmende Leistung, während das für die Obligation mafsgebende Heimatrecht des Schuldners etwa das deutsche Recht ist, und jene Handlung ist in Deutschland erlaubt, in England verboten, so mufs nach der richtigen Ansicht auch der deutsche Richter die Thatsache, dafs in England jenes Verbot mit territorialer Geltung existiert, anerkennen, und infolge dessen die Obligation als eine auf etwas Unmögliches gerichtete beurteilen[134]. Er mufs eben anerkennen, dafs England befugt ist, für sein Gebiet ein derartiges Verbot im Interesse der öffentlichen Ordnung zu erlassen. Wenn demnach der englische Richter selbst diese Frage zu entscheiden hat, so wendet er nicht etwa statt des ‘an sich’ anwendbaren fremden Rechts eignes an, weil das fremde Recht mit dem englischen öffentlichen Recht in Widerspruch stehe, sondern er wendet durchaus dem Princip entsprechend für diese specielle Frage das englische als das kraft Gebietshoheit herrschende Recht an.

Möglich ist freilich, dafs auch für die Normen des öffentlichen Rechts in ihrem eigentlichen Wirkungskreis ihrerseits ebenfalls eine Vorbehaltsklausel gilt, dafs also ein Staat, obwohl er die öffentlichrechtliche Herrschaft eines anderen Staats in diesem bestimmten Bereich als völkerrechtsgemäfs anerkennt, doch wegen des Inhalts der fremden öffentlichrechtlichen Normen ihnen die Anwendbarkeit bei Entscheidungen durch seine Behörden versagt oder gar seinen eignen Behörden das eigne öffentliche Recht ausnahmsweise anzuwenden befiehlt. Indes Untersuchungen hierüber liegen aufserhalb unseres Fragegebiets, und nur folgendes soll hier bemerkt werden. Es ist gar keine Rede davon, dafs fremdes öffentliches Recht bei einer Entscheidung durch unsere Behörden und insbesondere in einem

[133] Vgl. S. 107 ff., 113, 114, 126, 129.

[134] Anders die Entscheidung des OAG. zu Lübeck in Seufferts Archiv 21 Nr. 32.

vor unseren Gerichten geführten Civilprozefs, in dem es ja oft genug zur Sprache kommen kann, schlechthin unanwendbar sei. Mindestens für das Verfassungs- und Verwaltungsrecht ist das Gegenteil die Regel. Wird vor unseren Gerichten die Frage aufgeworfen, ob diese oder jene politische Institution im Auslande bestehe, oder ob dieses oder jenes Organ legitimierter Vertreter des fremden Staats sei, so versteht es sich von selbst, dafs diese Frage nach ausländischem und nicht nach inländischem Recht zu beurteilen ist[135].

Hiernach ist zu bemessen, wie weit die öfter vorkommende Wendung, fremdes Recht sei unanwendbar, wenn es im Gegensatz gegen das öffentliche Recht des eignen Staats stehe, oder eignes öffentliches Recht sei stets und unbedingt anwendbar, richtig ist. Unrichtig, weil undurchführbar ist es also z. B., wenn der Entwurf von Lima (Art. 54) sagt[136], ausländische Gesetze seien im Inlande nur zu beobachten, „soweit sie nicht mit der politischen Verfassung unverträglich sind“; mindestens mifsverständlich und zugleich überflüssig ist es, wenn darauf abgestellt wird, dafs die Anwendung des fremden Rechts nicht in Widerspruch mit dem öffentlichen Recht stehen dürfe, oder wenn ihm Wirkung im Inlande abgesprochen wird u. dergl. Alle solche Bsstimmungen sind am besten fortzulassen[137].

Was hier vom ‘öffentlichen Recht’ gesagt ist, gilt natürlich ganz ebenso, wenn von der öffentlichen Ordnung oder dergl. die Rede ist, sofern damit wirklich die öffentlichrechtliche Rechtsordnung des Staats gemeint ist.

Für das Strafrecht liegen alle diese Fragen ganz besonders, ihre Lösung kann hier auch nicht einmal gestreift werden. Nur eine Bemerkung von internationalprivatrechtlicher Bedeutung ist hier zu machen. Es ist möglich, dafs ein fremder Rechtssatz zwar dem Privatrecht angehört, aber Zwecke verfolgt, welche wir nicht mehr als Zwecke des Privatrechts ansehen. Ich meine, dafs wir dann für die Anwendung des fremden Rechtssatzes, eben weil er über die Zwecke hinausgeht, die wir dem Privatrecht zusprechen, nicht mehr die international-privatrechtlichen Anwendungsregeln

135 S. ferner ein Beispiel oben S. 286.

136 Neumann Nr. 71.

137 Sie finden sich z. B. in Argentinien Código civil Art. 14 Ziffer 1 (Niemeyer Nr. 23), in Montevideo (Niemeyer Nr. 44), im Congostaat Neumann Nr. 62, Art. 9), im Entwurf Laurent (Neumann Nr. 59, Art. 26 Ziffer 1), in den Beschlüssen des Institut (Neumann Nr. 69) und der Haager Konferenz (Neumann Nr. 68).

zu Rate zu ziehen haben; die Entscheidung würde hier vielmehr nach den Grundsätzen des internationalen Strafrechts zu finden sein. Das Hauptbeispiel hierfür bietet es, wenn das mafsgebende Recht etwa Privatstrafen auferlegen sollte: hiervon wird in dem Abschnitt über Deliktsobligationen in den besonderen Lehren des zweiten Teils noch einmal die Rede sein.

d. Die Vorbehaltsklausel soll endlich selbst eine Kollisionsnorm sein. Daraus ergiebt sich sofort, dafs hier zwei Fälle streng auseinander gehalten werden müssen.

Der eine, der genau genommen allein hierher gehört, ist der: das fremde Recht ist nach unseren Anwendungsnormen allein zur Herrschaft berufen, denn die mafsgebende staatliche Beziehung war in dem mafsgebenden Augenblick blofs zu der fremden Rechtsordnung vorhanden, eine staatliche Beziehung des Falls hingegen, kraft deren unser Recht mafsgebend sein könnte, liegt auch jetzt in dem Augenblick der Beurteilung nicht vor. Beispielsweise: es kommt vor unserem Gericht die Giltigkeit einer Mehrehe zur Beurteilung. Die Ehe soll zwischen Personen bestehen, die Ausländer waren und noch jetzt Ausländer sind. Nach unserer Kollisionsnorm entscheidet darüber an sich das Heimatrecht der Parteien. Wenn wir nun, obwohl die Mehrehe nach diesem Heimatrecht giltig ist, sie doch, weil wir diesen Rechtssatz des Heimatrechts mifsbilligen, als ungiltig ansehen, so haben wir von der Vorbehaltsklausel in ihrem echten Sinne Gebrauch gemacht: wir haben die sonst geltende Anwendungsnorm für diesen Fall durch eine andere, die also selbst wahre Kollisionsnorm ist, durchbrochen.

Der andere Fall ist der, dafs durch einen Statutenwechsel das deutsche Recht gegenwärtig mafsgebend geworden ist[138]. Principiell gilt hier der Satz (s. oben S. 153 fg.), dafs die von dem früher mafsgebend gewesenen Statut angeordnete Rechtswirkung trotz dem Statutenwechsel fortbesteht, dafs also für die Beurteilung immer noch das alte Statut zu Grunde zu legen ist. Von diesem Satz kann aber das neue Statut eine Ausnahme machen: es kann insbesondere, wie wir früher gesehen haben, anordnen, dafs die unter der Herrschaft des früheren Statuts entstandene Rechtswirkung von jetzt an aufhöre oder sich ändere. Nach deutschem Recht ist

[138] Nur auf diesen Fall beziehen sich doch wohl die für die 'Vorbehaltsklausel' öfter angeführten Entscheidungen in Seufferts Archiv 16 Nr. 1, 17 Nr. 111, 31 Nr. 194, ferner auch RGEntsch. 9 S. 191.

beispielsweise eine Mehrehe unmöglich. Erwirbt nun ein in Mehrehe lebender Türke die deutsche Staatsangehörigkeit, so wird die bisher nach türkischem Recht giltig gewesene zweite Ehe weiterhin ungiltig, obwohl wir im Allgemeinen die unter der Herrschaft eines fremden Rechts entstandene Ehe trotz dem Statutenwechsel weiter bestehen lassen. Man kann dies im Ergebnis auch dahin ausdrücken, ausnahmsweise werde hier das fremde Recht nicht mehr angewendet. Aber dieser Ausnahmesatz ist in Wahrheit nicht eine eigne Kollisionsnorm, durch welche die sonstigen Anwendungsnormen unseres Rechts durchbrochen würden, sondern eine materiellrechtliche Anordnung unseres nach unseren eignen Anwendungsnormen jetzt zur Herrschaft berufnen Rechts. Während wir in dem ersten Falle das fremde Recht nicht anwenden, die zweite Ehe also als ungiltig behandeln, obwohl unsre eignen Anwendungsnormen an sich das fremde Recht als mafsgebend für die Frage, ob die Ehe bestehe, ansehen, wenden wir es hier nicht an, weil unser eignes materielles Recht jetzt mafsgebend geworden ist und den Fortbestand der zweiten Ehe nicht mehr will. Und diese Unterscheidung hat praktische Wichtigkeit: die materiellrechtliche Bestimmung unseres eignen jetzt mafsgebend gewordnen Rechts müfste auch von allen fremden Gerichten, die etwa über die jetzige Giltigkeit der Ehe zu befinden hätten, anerkannt werden, ja ein Gericht des Landes selbst, dem die Eheschliefsenden einst angehörten, müfste, wenn es etwa in die Lage käme, diese Frage zu entscheiden, die zweite Ehe jetzt als ungiltig geworden ansehen, eben weil das inländische Recht durch den Statutenwechsel zur Herrschaft berufen worden ist und daher jetzt die Kraft hat die Ehe für ungiltig zu erklären. Jene Kollisionsnorm unseres Staates hingegen, derzufolge wir die zweite Ehe, selbst wenn die beteiligten Personen noch jetzt Ausländer sind, doch als nichtig behandeln, hat wie jede Kollisionsnorm nur für unsere Richter Bedeutung, für Richter eines anderen Staats, in dem die Mehrehe nicht als verwerflich gilt, existiert sie natürlich nicht.

Wir haben es an dieser Stelle bloss mit jener wahren Kollisionsnorm zu thun. Nur mittelbar läfst sich das, was für sie ausgeführt wird, auch für den zweiten Fall verwerten, es ist hier der Schlufs a fortiori möglich: soweit wir das fremde Recht, obwohl wir es selbst als mafsgebend erachten, nicht anwenden, werden wir es auch, nachdem durch Statutenwechsel unser eignes Recht anwendbar geworden ist, nicht anwenden wollen. Der entgegengesetzte Schlufs: wo das fremde Recht an sich anwendbar ist, wenden wir es auch dann an,

wenn durch Statutenwechsel unser eignes Recht anwendbar geworden ist, ist natürlich unrichtig: der Grund, aus dem wir bei inzwischen stattgehabtem Statutenwechsel das fremde Recht doch nicht anwenden, sondern Bestimmungen unseres eignen Rechts zur Geltung bringen, braucht nicht eine Mifsbilligung des fremden Rechts zu sein, sondern kann auch in der Thatsache liegen, dafs unser Recht innerhalb seines Geltungsbereichs aus anderen Rücksichten Anordnungen, mit denen das fremde Recht unverträglich ist, getroffen hat. Das fremde Recht würde dann also, wenn es noch mafsgebend ist, auch von unseren Gerichten unbedenklich bei der Beurteilung des jetzigen Rechtszustandes angewendet werden; sobald hingegen durch Statutenwechsel unser Recht mafsgebend geworden ist, würde der jetzige Rechtszustand nach unserem Recht zu beurteilen sein: hier darf auf die früheren Erörterungen S. 154 ff. verwiesen werden.

2. Vorbehalt wegen Verstofses gegen die guten Sitten.

Als allgemeiner Mafsstab, nach dem der Inhalt eines fremden Rechtssatzes in Bezug auf seine Anwendbarkeit geprüft werden mufs, ist zuerst der schon früher erwähnte der 'Sittlichkeit' in Betracht zu ziehen: es ist ein in der Theorie wohl allgemein anerkannter und in den Gesetzgebungen entweder wie in der deutschen ausdrücklich ausgesprochner oder doch durch ihre noch weitergehenden Formulierungen gedeckter Satz, dafs fremdes Recht, welches den sonstigen Kollisionsnormen des Staats gemäfs anwendbar sein würde, dann unanwendbar sein könne, wenn sein Inhalt gegen „die guten Sitten“ verstofse[139], womit selbstverständlich die Sittlichkeit, nicht die Sitte gemeint ist[140].

[139] D. EG. Art. 30; im Entwurf Gebhard § 35 noch nicht enthalten, in den Referenten-Entwurf bereits aufgenommen. S. ferner z. B. die Bestimmungen in Argentinien (bei Niemeyer Nr. 23), im Entwurf von Lima (ebenda Nr. 40), in Montenegro (ebenda Nr. 43), im Vertrage von Montevideo (ebenda Nr. 44). Vgl. auch die oben Note 130 angeführten Gesetze und Entwürfe.

[140] Der Argentinische Código civil (bei Niemeyer Nr. 23) formuliert in Art. 14 Nr. 1: la moral y buenas costumbres. Vgl. dazu das Gesetz des Congostaats (bei Neumann Nr. 62), es spricht von Widerstreit gegen inländische Gesetze, qui ont en vue la morale publique. Montenegro (bei Neumann Nr. 72) setzt noch besonders hinzu: „Gesetze, welche eine unmenschliche Einrichtung (etwa die Sklaverei), welche in Montenegro nicht geduldet wird billigen“.

Neben diesem Gesichtspunkt der Unsittlichkeit spielt eine besondere Rolle der Verstofs gegen die 'öffentliche Ordnung'. Sofern damit gemeint ist die öffentliche Rechtsordnung des eignen Staats, gehören diese Bestimmungen, wie oben S. 331 gesagt wurde, nicht hierher; sofern damit etwas anderes zur Ergänzung der 'guten Sitten' gemeint ist, ist es ohne festen greifbaren Inhalt, mit gutem Grund hat es die deutsche Kodifikation wie im materiellen Recht — es handelt sich da um die Nichtigkeit der gegen die öffentliche Ordnung verstofsenden Rechtsgeschäfte — so auch im internationalen Privatrecht fallen lassen [141]. Noch weniger zu billigen ist es, wenn gar nur von abweichenden socialen Anschauungen geredet wird. Die ganze Rechtsordnung beruht schliefslich auf socialen Anschauungen, und mit Recht sagt Niemeyer S. 69 fg., die blofse Verschiedenheit der Anschauungen reiche nicht hin, „eine derartige Ablehnung zu rechtfertigen, welche nur als Abwehr der stärksten Gegensätze für seltene Ausnahmefälle gutzuheifsen ist“.

Auch von Nichtanwendung des ausländischen Gesetzes, weil es „mit allgemeinen Gerechtigkeitsgrundsätzen nicht im Einklange stehe“ [142], findet sich gesprochen. Soweit indes die Ungerechtigkeit des Rechtssatzes nicht zu einer Unsittlichkeit wird, kann sie nicht hemmend in Betracht kommen. Nur in seltnen Fällen wird uns bei einem gesetzgeberischen Problem die eine Lösung ebenso gerecht erscheinen wie die andere, in sehr weitem Mafs wird also vom Standpunkt unserer Rechtsordnung aus eine Lösung, die mit der in unserem Gesetz nicht übereinstimmt, als ungerecht anzusehen sein. Eine Nichtanwendung fremden Rechts wegen Ungerechtigkeit würde mithin ins Ungemessne führen. In anderem Zusammenhang wird der Gesichtspunkt der 'Ungerechtigkeit' später noch einmal berührt werden (s. unten S. 379).

Was sonst noch von allgemeinen Mafsstäben vereinzelt vorkommt, fällt, soweit sich überhaupt etwas klares darunter denken läfst, mit dem Mafsstabe der 'Sittlichkeit' zusammen oder gehört überhaupt nicht in die Vorbehaltsklausel [143].

[141] Die 'öffentliche Ordnung' stand noch nicht im Entwurf Gebhard, stand dann im Referenten-Entwurf und Entwurf I, im Entwurf II aber nicht mehr. — Materiellrechtlich vgl. besonders Entwurf I § 106 mit Entwurf II § 103 und BGB. § 138. — Zitelmann, die Rechtsgeschäfte II S. 58 fg.

[142] Vgl. RGEntsch. 9 S. 9 Abs. 1.

[143] So erwähnt Argentinien (bei Niemeyer Nr. 23) noch Widerspruch á la Religion del estado (über den Widerspruch gegen die Kultustoleranz

Man mufs also bei dem zuerst genannten Mafsstab des Verstofses gegen die guten Sitten stehen bleiben. Geht man nun daran, den Sinn des Vorbehaltssatzes in dieser Richtung näher zu bestimmen, so mufs man sich von dem Bestreben leiten lassen, den Bereich, in dem er Platz greifen soll, möglichst einzuschränken. Bedeutet ja doch jede seiner Anwendungen einen Konfliktsfall im internationalen Privatrecht. Und mehr noch. Sie enthält zugleich immer einen schweren Vorwurf — das Wort wird gebraucht werden dürfen — gegen das fremde Recht. Man vergegenwärtige sich nur: unser Staat erkennt durch seine Kollisionsnormen selbst an, dafs er in keiner mafsgebenden Herrschaftsbeziehung zu dem zu beurteilenden Fall steht — für wie sehr verwerflich mufs er den fremden Rechtssatz halten, wenn er ihn trotzdem nicht anwendet, also in einseitiger Durchbrechung der von ihm selbst anerkannten Grundsätze des internationalen Rechts in die Herrschaftssphäre der fremden Rechtsordnung eingreift!

Die nötige Einschränkung mufs in zweierlei Richtung erfolgen. Einmal in der Abgrenzung des Begriffs der Unsittlichkeit. Es genügt nicht, wenn blofs vom Widerstreit gegen die 'sittlichen Anschauungen' geredet wird, — dagegen spricht derselbe Grund, der oben gegen die Berufung auf die sozialen Anschauungen geltend gemacht wurde —, der fremde Rechtssatz mufs vielmehr als ein positiv 'sittlich verwerflicher' erscheinen. Auch in Bezug auf die ethischen Anforderungen an das Recht giebt es Unterschiede der Stärkegrade. Die sittliche Anschauung, der der fremde Rechtssatz nicht widerstreiten darf, mufs die Grundlagen unseres socialen Lebens betreffen — eine nähere Bestimmung ist kaum zu geben: es kehrt hier dieselbe Schwierigkeit wieder, die in der Lehre vom Gewohnheitsrecht begegnet, wenn es sich darum handelt, das Erfordernis der 'Rationabilität' zu bestimmen. Mit der Berufung auf die Grundlagen des socialen Lebens sollte zugleich schon angedeutet

s. unten S. 379 N. 177), und erklärt die „incapacidades contra las leyes de la naturaleza“ für „blofs territorial“. In Montenegro (bei Neumann Nr. 72) werden die fremden Gesetze nicht angewendet, „die eine unmenschliche Einrichtung, welche in Montenegro nicht geduldet wird, billigen“. Diese Bestimmung gehört zum Teil schon in die zweite Gruppe; im übrigen ist sie wie die vorangeführten nur eine Anwendung der Bestimmung, welche unsittliches fremdes Recht ablehnt. — Wenn in Argentinien (Art. 14 Nr. 3 bei Niemeyer Nr. 23) die Anwendung fremder Gesetze auch dann versagt wird, „cuando fueren de mero privilegio“, so entspricht das entweder bereits der allgemeinen internationalprivatrechtlichen Regel, derzufolge jeder Staat gewisse absolute Rechte nur für sein Gebiet verleihen kann, oder es gehört unter einen anderen Gesichtspunkt, s. unten S. 379 N. 176.

werden, dafs der anzulegende Beurteilungsmafsstab nicht der einer subjektiven Ethik des Beurteilers sein darf. In Betracht dürfen vielmehr nur solche ethische Anschauungen kommen, nicht wie sie im Durchschnitt des Volkes, auch nicht wie sie in seinen Besten lebendig sind, sondern wie sie der hypostasierte, in diesem Sinn „ideale“ Gesetzgeber als fertige oder sich wandelnde der von ihm geschaffenen Rechtsordnung zu Grunde legen, in ihr verwirklichen wollte. In dieser Beziehung mufs die Vorbehaltsklausel, auch wenn sie in allen Gesetzgebungen einheitlich darauf geht, dafs fremdes unsittliches Recht nicht angewendet werden dürfe, in den verschiedenen Gesetzgebungen einen verschiedenen konkreten Inhalt gewinnen.

Sodann. Es wurde oben gesagt, dafs das fremde Recht seines unsittlichen Inhalts halber „unanwendbar sein könne“. Man darf es als einen wichtigen Fortschritt in dieser Frage ansehen, dafs man erkannt hat, die Unsittlichkeit des Rechtssatzes genüge noch nicht, um ihn unanwendbar zu machen; vielmehr ist nötig, dafs die Anwendung des fremden Rechtssatzes gegen die guten Sitten verstofse[144]. Dies verlangt auch Art. 30 des EG. Die Anwendung eines Rechtssatzes kann freilich niemals gegen die guten Sitten verstofsen, wenn der Rechtssatz selbst nicht bereits einen unsittlichen Inhalt hat. Demnach ist im folgenden zuerst zu prüfen: wann ist ein Rechtssatz sittlich verwerflich im Sinn der Vorbehaltsklausel? und sodann: unter welchen Voraussetzungen verstöfst die Anwendung eines solchen unsittlichen Rechtssatzes selbst gegen die guten Sitten?

a. Unsittlichkeit des Rechtssatzes an sich.

Wäre die Aufgabe gestellt, die Rechtssätze, welche unsittlich sind, einzeln zu bezeichnen, so könnte die Lösung selbstverständlich nur gesondert von dem Standpunkt des einzelnen Volks und seiner Rechtsordnung versucht werden. Es würde sich um so viele Untersuchungen handeln, wie es Rechtsordnungen giebt. Aber selbst wenn man die Aufgabe nur in der Begrenzung auf ein einziges Volk und seine Rechtsanschauungen stellt, insbesondere also fragt, welche fremden Rechtssätze einem deutschen Richter ihres Inhalts halber als in dem Mafs sittlich verwerflich erscheinen müssen, dafs ihre Nichtanwendung in Frage kommen kann, ist sie nur durch

[144] So schon der Argentinische Código civil Art. 14 Nr. 1 (bei Niemeyer Nr. 23), ferner der Referenten-Entwurf § 35. Vgl. vor allem v. Bar I S. 128 fg.

Detailuntersuchungen lösbar. Unausführbar wäre es natürlich, wollte man die einzelnen materiellen Bestimmungen aller fremden Rechte einfach durchmustern, um die unsittlichen herauszufinden. Man würde vielmehr versuchen müssen, die Sittlichkeitsanschauungen unseres Volkes, denen fremdes Recht nicht widersprechen dürfe, positiv zu katalogisieren und auf diese Weise alle fremden Rechtssätze, deren Unanwendbarkeit in Frage kommen könnte, mittelbar zu bestimmen. Mit einem Eintreten in solche Gedankenkreise würden die Grenzen des internationalen Privatrechts überschritten werden: die Untersuchung würde schliefslich nur vom Boden der materiellen Rechtsordnungen aus zu führen sein. Solche Arbeit hat aber das internationale Privatrecht nicht vorzunehmen, sondern zu erfordern — diese Arbeitsteilung erscheint mir auch hier wieder erspriefslich, ja notwendig. Es soll darum an dieser Stelle nur versucht werden, im Interesse einmal einer zu gewinnenden Übersicht und sodann einer Vorbereitung für nachher zu besprechende praktische Verschiedenheiten einiges von allgemeinerem Standpunkte aus Wertvolle zu sagen; für die Beispiele wird der Standpunkt eines deutschen Beurteilers eingenommen.

Unsittlich kann in letzter Linie immer nur ein menschliches Verhalten sein; nennen wir einen Rechtssatz unsittlich, so ist das bereits ein übertragner Gedanke: ein Rechtssatz kann unsittlich immer nur sein, weil er ein unsittliches Verhalten (Handeln oder Unterlassen) unmittelbar befiehlt oder gestattet oder mittelbar durch die an das Verhalten geknüpften Rechtsfolgen befördert. Jeder positive Rechtssatz in dem früher entwickelten Sinne bindet eine Rechtswirkung an einen Thatbestand: die Unsittlichkeit des Rechtssatzes besteht dann darin, dafs eben diese Rechtswirkung eintritt: Unsittlichkeit des Rechtssatzes in diesem Sinne ist gleichbedeutend mit Unsittlichkeit der angeordneten Rechtswirkung. Denkbar wäre es freilich, dafs uns in gewissen Fällen auch das Nichteintreten einer bestimmten Rechtswirkung, also ein negativer Rechtssatz unsittlich erschiene. Der Fall würde dann so liegen, dafs unsre sittlichen Anschauungen das Dasein eines bestimmten positiven Rechtssatzes in dem fremden Recht schlechthin forderten — dies ist aber, wie man sofort sieht, gleichbedeutend damit, dafs jener Rechtssatz in unserm eignen Recht existierte und zwar mit der Forderung zwingender Anwendbarkeit auch für das fremde Recht: wir werden also gut thun, diesen Fall hier auszuscheiden und in die spätere zweite Gruppe (Nichtanwendung fremden Rechts wegen Verstofses gegen das eigne Recht) zu stellen. Die Unsittlichkeit des fremden Rechts, von der im folgenden gesprochen wird, ist

mithin die Unsittlichkeit fremder Rechtssätze, die eine „positive“ Entscheidung geben.

Besteht nun die Unsittlichkeit des positiven Rechtssatzes wie gesagt in der Unsittlichkeit der angeordneten Rechtswirkung, so läfst sich die Frage dahin stellen: wann ist eine Rechtswirkung unsittlich? Zwei Gruppen von Fällen sind hier meines Erachtens zu scheiden — eine Unterscheidung, die übrigens auch bei rein materiellrechtlichen Untersuchungen sich als wertvoll erweist —. Unsittlich erscheinen kann uns einmal schon die Rechtswirkung als solche, gleichgiltig an welchen Thatbestand sie geknüpft ist; unsittlich kann aber auch eine an sich und ihrem blofsen Inhalt nach unverwerfliche Rechtswirkung deshalb erscheinen, weil sie an gerade diesen Thatbestand geknüpft ist.

α. Unsittlichkeit der Rechtswirkung als solcher.

Soll eine Rechtswirkung als solche, also ohne Rücksicht auf den Thatbestand, aus dem sie entsprungen ist, unsittlich sein, so mufs die Unsittlichkeit unmittelbar in ihrem Inhalt liegen. Nun ist die Rechtswirkung entweder der Erwerb oder das Erlöschen eines Rechts. Beides ist einzeln zu betrachten.

Dafs uns das Erlöschen eines Rechts als solchen, ohne Rücksicht darauf, an welche Thatsachen das Erlöschen geknüpft ist, unsittlich erscheint, ist zwar denkbar — das müssen aber dann Fälle sein, in denen wir das dauernde Dasein eines solchen Rechts, wie auch die Umstände sich ändern mögen, als sittlich notwendig fordern, gleichgiltig ob das Recht einmal dagewesen und wieder erloschen ist, oder ob es nie bestanden hat. Damit würden wir also zu den soeben schon berührten Fällen zurückgelangen, wo ein positiver Rechtssatz des eignen Rechts auch für das fremde Recht als sittlich notwendig gefordert wird, diese Fälle aber sollten von der Betrachtung hier noch ausgeschieden werden. Es handelt sich dabei insbesondere um die notwendige Anerkennung der Rechtspersönlichkeit des Menschen überhaupt. Meist wird dann übrigens nach dem fremden Recht zugleich ein unsittliches Recht eines Dritten an der Person vorhanden sein, also ein positiv unsittlicher Zustand, wie er in der Sklaverei liegt; als ein solcher fällt er dann auch unter die folgenden Betrachtungen.

Die Unsittlichkeit der Rechtswirkung als solcher, die wir im folgenden zu besprechen haben, bezieht sich demnach blofs auf die Entstehung eines Rechts und mufs dann in dem Inhalte dieses Rechts, in der Art der Macht, die es verleiht, liegen. Es giebt

nach fremden Rechtsordnungen Rechte, bei denen man nicht den Thatbestand, aus dem sie entstanden sein sollen, sondern nur ihren Inhalt selbst zu kennen braucht, um urteilen zu können, sie seien unsittlich.

Seines unmittelbaren Inhalts halber kann unsittlich sein zunächst ein Anspruch auf eine Leistung (Handlung, Duldung, Unterlassung). Und zwar sind zwei Fälle solcher Unsittlichkeit von Ansprüchen zu unterscheiden. Der Anspruch kann einmal unsittlich sein, weil die Leistung, auf die er geht, ihrem unmittelbaren Inhalt, ihrer Beschaffenheit selbst nach verwerflich ist. Weil die Leistung unsittlich ist, ist das Recht auf sie unsittlich; weil das Recht auf sie unsittlich ist, ist es auch der Rechtssatz, der ein solches Recht entstanden sein läſst. Welche Leistungen verwerflich sind, wird in jedem Staat nach seinen eignen ethischen Anschauungen zu bestimmen sein. Eine durch das Gesetz verbotne Leistung kann schon an sich zugleich sittlich verwerflich sein, braucht es aber nicht zu sein: der Grund des Verbots kann auch in reinen Zweckmäſsigkeitsrücksichten liegen.

Oder wir miſsbilligen den Anspruch und darum den diesen Anspruch verleihenden fremden Rechtssatz deshalb, weil er das unter gerichtlichen Zwang stellt, was nach unseren im Recht ausgeprägten Sittlichkeitsanschauungen Sache freier Selbstbestimmung des Individuums ist und darum seiner Natur nach nicht erzwingbar sein soll. Daſs die Handlung, deren Erzwingung in Frage steht, freiwillig vorgenommen wird, bekämpft unser Recht nicht; mag die Handlung an sich gebilligt oder gemiſsbilligt sein, auch im letzteren Fall geht unser Recht nicht soweit sie zu verbieten. Aber einen Zwang ihretwegen auszuüben erscheint uns unsittlich. Im vorigen Fall erschien uns die Leistung unsittlich seitens des Leistenden und darum auch das Recht auf sie seitens des Fordernden, hier erscheint uns nicht die Leistung unsittlich, sondern nur der rechtliche Anspruch auf sie seitens des Fordernden; dort bekämpfen wir darum die Leistung, auch wenn sie freiwillig erfolgt, hier hingegen nicht. Als Beispiel solcher Handlungen, deren Vornahme als freier unverwerflich, deren Erzwingung aber verwerflich ist, dient für das deutsche Recht die Eheschlieſsung, der Konfessionswechsel, der Eintritt in ein Kloster; ebenso muſs auch ein Anspruch darauf, daſs jemand seinen Körper zu einem bestimmten medizinischen Versuch zur Verfügung stelle oder eine Operation an sich vornehmen lasse, als unsittlich angesehen werden, gleichgiltig, welchem Thatbestande er entsprungen ist. Auch ein dem Princip der Gewerbefreiheit zuwiderlaufender Anspruch ist schon seines unmittelbaren Inhalts halber unsittlich, mag er nun durch Rechtsgeschäft oder — sofern das nach ausländischem Recht

möglich ist — durch Verjährung oder unmittelbar durch Gesetz entstanden sein. Unsere Rechtsordnung bekämpft es nicht, dafs der Eine zu Gunsten des Anderen sich in weitestgehender Weise einer Gewerbekonkurrenz enthält, sie wehrt also der freiwilligen Erfüllung einer darauf gehenden, nach ausländischem Recht etwa giltigen Verpflichtung durchaus nicht, aber einen Zwang auf Erfüllung dieser Verpflichtung, in der sie eine unzulässige Freiheitsbeschränkung erblickt, läfst sie nicht zu.

Auch absolute Rechte können ihrem unmittelbaren Inhalt nach unsittlich erscheinen. Bei den auf dem Gebiet des reinen Vermögensrechts liegenden absoluten Rechtsverhältnissen kommt das wohl nicht vor. Sie werden schwerlich so sehr unseren sittlichen Grundanschauungen widersprechen können, dafs wir ihnen die Anerkennung weigern möchten; es handelt sich bei ihnen um Differenzen, die freilich auch vielfach auf ethischen Gründen beruhen mögen, dennoch aber als berechtigt von uns anerkannt werden müssen. Es bleiben demnach — und das erleichtert die späteren Erörterungen — nur personenrechtliche Verhältnisse übrig. Der Zusammenhang mit ethischen Grundanschauungen ist hier so sehr viel intimer, dafs die Nichtanerkennung des nach fremdem Recht begründeten Rechtsverhältnisses für uns in der That zu einer Pflicht werden kann. Als Beispiele dienen gewöhnlich die Mehrehe und die Sklaverei; ebenso kann aber auch die Ausmessung des Inhalts eines auch bei uns anerkannten Personenrechts uns sittlich verwerflich erscheinen: so beispielsweise, wenn nach einem fremden Recht der Ehemann das Recht weitgehender Freiheitsbeschränkung oder der Züchtigung gegenüber der Ehefrau hat. Die sittliche Empfindung für die Freiheit des Menschen ist in dieser Beziehung beständiger Wandlung, wir hoffen Verfeinerung unterworfen und auch bedürftig, wie gerade diese Beispiele zeigen.

β. Unsittlichkeit der Rechtswirkung ihres Thatbestands halber.

Unsittlich kann uns aber auch ein Rechtssatz erscheinen, weil er eine an sich unverwerfliche Rechtswirkung gerade bei Vorliegen dieses Thatbestandes eintreten läfst. Unter Thatbestand sind dabei nicht blofs die Thatsachen zu verstehen, welche nach dem fremden Recht das Eintreten der Rechtswirkung begründen, sondern überhaupt die gesamte Thatlage, unter der sie eintritt. Unsittlich kann uns erscheinen, dafs diese Thatsachen die Rechtswirkung hervorrufen, unsittlich auch, dafs — obwohl wir diese Thatsachen an sich als dazu geeignet ansehen — nicht andere ebenfalls vorhandene Thatsachen das Eintreten der Wirkung hindern:

die Umstände, unter denen die Wirkung eintritt, läfst sie hier unsittlich erscheinen.

Die Rechtswirkung, die in diesem Sinne ihres Thatbestandes halber unsittlich ist, kann jede beliebige sein: die Neuentstehung eines Rechts irgend welcher Art, ebenso aber auch der Untergang oder Übergang eines Rechts, wie z. B. die grundlose Scheidung, die Eigentumsverwirkung auf Grund und wegen eines sittlich gebotnen Verhaltens. Entscheidend ist immer nur, dafs durch die Sanktionierung dieser Rechtsfolge bei diesem Thatbestand ein unsittliches Lebensverhältnis gefördert wird. Die Fälle, die hier denkbar sind, sind unzählig, von dem Versuch einer beherrschenden Einteilung ist füglich sofort abzusehen. Wohl aber lassen sich wenigstens zwei Hauptgruppen von Fällen herausheben: sie erschöpfen empirisch so ziemlich das Gebiet, soweit es wirklich praktisches Interesse darbietet.

1) Die erste Gruppe von Fällen ist die der unsittlichen vermögensrechtlichen Geschäfte: unsittlich erscheint uns ein fremder Rechtssatz, wenn er ein Geschäft sanktioniert, das als solches gegen die guten Sitten verstöfst.

Die Lösung der Aufgabe, genauer abzugrenzen, welche unter der Herrschaft eines fremden Rechts stehenden und diesem zufolge giltigen Rechtsgeschäfte uns derart unsittlich erscheinen, dafs die Nichtanwendung des fremden Rechts in Frage kommen kann, wird erheblich dadurch vereinfacht, dafs ganz dieselben Rechtsgeschäfte als thatsächliche auch da vorkommen, wo die Herrschaft unserer eignen Rechtsordnung aufser Zweifel steht, die Entscheidung über ihre rechtliche Behandlung also keinerlei internationalrechtlichen Beigeschmack hat.

Die Wissenschaft des materiellen Privatrechts mufs darum schon ihrer eigenen Zwecke halber die sittlichen Ideale, die wir durch Rechtsgeschäfte nicht verletzt sein lassen wollen, klar herausstellen, also den Kreis der unsittlichen Rechtsgeschäfte abgrenzen und die rechtliche Behandlung dieser Unsittlichkeit festsetzen[145]. Die Resultate dieser materiellrechtlichen Arbeit sind für das internationale Privatrecht ohne weiteres benutzbar. Denn wenn unsre Rechtsanschauung überhaupt ein Rechtsgeschäft als sittlich verwerflich mifsbilligt, so bleibt es sich gleich, ob an sich unsre oder eine fremde Rechtsordnung anwendbar ist.

[145] Vgl. besonders Kohler, Die Ideale im Recht, Berlin 1891, und soeben Lotmar, Der unmoralische Vertrag. (Diese mir sehr förderlich erscheinende Arbeit erschien zu spät, um noch sachlich benutzt zu werden, ich kann sie hier nur nennen.)

a) Demnach kann für die Frage, welche Rechtsgeschäfte an sich unsittlich sind, ganz auf das materielle Recht verwiesen werden. Eins ist freilich zuzugestehen. Jede Würdigung des Rechtsgeschäfts vom ethischen Standpunkte aus ist und mufs sein individuell: sie mufs die konkreten Umstände des Einzelfalls mit in Betracht ziehen. Und hier ist nun denkbar, dafs diese Umstände für ein Rechtsgeschäft, für das an sich eine fremde Rechtsordnung mafsgebend ist, sehr andre sein können als für ein unsrer Rechtsordnung unterworfnes Rechtsgeschäft; darum kann die Beurteilung auch dort anders ausfallen als hier. Ein Rechtsgeschäft geschlossen im Ausland und dort zu erfüllen kann möglicher Weise eine Unsittlichkeit nicht enthalten, während es für unsre Verhältnisse berechnet eine solche enthalten würde; die Umstände können dort erlaubt, ja geboten scheinen lassen, was bei uns unsittlich wäre. Wir erachten z. B. wucherliche Rechtsgeschäfte nicht nur als verboten, sondern auch ohne das als unsittlich; sehr wohl könnte nun ein Rechtsgeschäft bei uns als wucherlich erscheinen, das doch für ausländische Verhältnisse berechnet nicht wucherlich wäre[146].

Indem hier ein Bericht, welche Rechtsgeschäfte materiellrechtlich als gegen die guten Sitten verstofsend gelten, unterbleibt, soll nur der Vorsicht halber folgendes besonders bemerkt werden.

Einmal — worauf das letzterwähnte Beispiel des wucherlichen Geschäfts schon hinwies — dies: eine unsittliche Handlung hört nicht dadurch auf, unter die Kategorie der 'unsittlichen' zu fallen, dafs sie zugleich besonders verboten ist. Gerade die sittliche Mifsbilligung ist dann der Grund des Verbots; das Verbot erspart dem inländischen Richter bei einem Fall mit lediglich inländischer Beziehung blofs die Mühe der Untersuchung, ob das Geschäft wegen Unsittlichkeit nichtig sei oder nicht, da und sofern es jedenfalls schon wegen Verbots nichtig ist. So steht es z. B. mit den 'wucherlichen Geschäften' nach dem BGB. § 138. Von den verbotnen Geschäften reden wir hier noch nicht, wohl aber von den unsittlichen, die zugleich verboten sind; dafs durch das Verbot als solches die verbotne Handlung noch nicht als unsittlich gebrandmarkt wird, versteht sich von selbst (s. S. 340).

Zweitens. Alle Verträge, die auf eine schon an sich unsittliche Leistung gehen, sind damit selbst auch unsittlich. Als Beispiel diene ein Vertrag auf Abtreibung gegen Entgelt. Von diesen Ge-

146 S. v. Bar I S. 128.

schäften braucht indes hier nicht mehr die Rede zu sein: die Eigenschaft der Leistung selbst unsittlich zu sein führt bereits zu einer volleren Berücksichtigung, als sie aus der Eigenschaft des Geschäfts als eines unsittlichen hergeleitet werden könnte.

Drittens. Wenn eine Leistung nach unserer Rechtsordnung ihres Wesens halber unsittlich oder unerzwingbar ist, so mufs folgerichtig jedes Rechtsgeschäft als unsittlich gelten, das für den Fall der Nichtleistung dem, der leisten sollte, vermögensrechtliche Nachteile auferlegt, sofern damit lediglich der Zweck verfolgt wird, ihn zu jener in Natur nicht erzwingbaren Leistung zu drängen; man denke z. B. an ein Strafgedinge für den Fall, dafs die Eingehung der Ehe unterbleibt[147], ebenso wie auch ein Versprechen von vermögensrechtlichen Vorteilen für den Fall, dafs jene Handlung vollzogen wird, unsittlich ist, sofern das Versprechen wiederum lediglich den Zweck hat, einen indirekten Zwang auf den Anderen zur Vornahme der unerzwingbaren Leistung auszuüben. Es werden hier die Gedankenreihen wichtig, die aus der Lehre von den unerlaubten Bedingungen bei Rechtsgeschäften genugsam bekannt sind[148].

b) Nichtanwendung des fremden Rechts, demzufolge das fremde Rechtsgeschäft giltig ist, bedeutet: das Geschäft wird von uns als nichtig behandelt. Damit ergiebt sich eine neue Abgrenzung, bezüglich deren wir ebenfalls ganz auf das materielle Recht verweisen können. Um den nach fremdem Recht zu beurteilenden Geschäften die Wirkung versagen zu dürfen, mufs unsere Mifsbilligung des Geschäfts die Stärke haben, dafs unser eignes Recht, wenn es selbst anwendbar wäre, einem solchen Geschäft die Wirkung, die von den Parteien intendiert ist, versagte. Das Geschäft müfste also nach unserem Recht nichtig sein, und der Nichtigkeit darf man wohl die Anfechtbarkeit gleichsetzen, wenn die Anfechtung dinglich und zurück wirkt, sofern das bei wirklich unsittlichen Geschäften vorkommen sollte: eine Anfechtbarkeit, wie sie das BGB. § 142 kennt, ist nur eine andere technische Form für die Nichtigkeit. Es genügt hingegen nicht, wenn unser Recht dem Rechtsgeschäft die intendierte Folge zuspricht und nur aufserdem noch irgend eine andere Folge kompensationshalber neben jener eintreten läfst, wenn es also den Thäter etwa bestraft, oder wenn es blofs ein Mittel gewährt, die Folgen des an sich giltigen Geschäfts irgendwie wieder wett zu machen, oder wenn es einem Dritten ein Rück-

[147] Vgl. BGB. § 1297 Abs. 2.

[148] Vgl. z. B. Wächter, Pandekten I S. 373 ff.

forderungsrecht giebt[149]. Wir können solchenfalls den Rechtssatz eines fremden Rechts, der dieses Geschäft ebenfalls sanktioniert, nicht als unsittlich mifsbilligen, selbst wenn er diese anderweiten Folgen nicht daneben eintreten läfst. Die blofse Nichtanwendung fremden Rechts könnte nie dazu führen, jene positiven Bestimmungen des eignen Rechts auch auf Rechtsgeschäfte anzuwenden, für die an sich eine fremde Rechtsordnung mafsgebend ist; aus dem gleichen Grunde würden daher auch eigne Rechtssätze, welche neben der Nichtigkeit des unsittlichen Geschäfts noch andere Folgen positiver Art an es binden, insbesondere bei bereits eingetretner thatsächlicher Realisierung der unsittlichen Geschäftszwecke eine Rückforderung geben, auf Rechtsgeschäfte, die unter der Herrschaft eines fremden Rechts stehen, nicht angewendet werden dürfen. Unsere Mifsbilligung der fremden Geschäfte soll dazu führen, die Erreichung der unsittlichen Geschäftszwecke zu hindern, nicht aber gegen die schon eingetretne Erreichung irgendwie zu reagieren.

Fordern wir nun, dafs unser Recht einem derart unsittlichen Geschäft die Wirkung versage, damit ein fremder Rechtssatz, der sie ihm gebe, als unsittlich verurteilt werden könne, so zeigt eine Beobachtung des materiellen Rechts, dafs die Reaktion, die es gegen das unsittliche Geschäft eintreten läfst, je nach der Art der Rechtswirkung, die von den Parteien beabsichtigt wurde, verschieden ist. Für die Beurteilung der Sittlichkeit eines Geschäfts ist es an sich gleichgiltig, ob das Geschäft auf den Erwerb oder die Aufhebung eines Rechts gerichtet, und welcher Art dieses Recht ist. Indes die Empfindlichkeit der Geschäftswirkung gegen die Mifsbilligung ihrer causa ist bald gröfser, bald geringer. Beispielsweise sieht das römische Recht Eigentumsübertragungen, Erlasse, Cessionen als viel unabhängiger von ihrer causa an denn Obligationsbegründungen. Es läfst deshalb auch bei unsittlichen Geschäften die Wirkung, wenn sie Eigentumsübertragung, Cession, Erlafs ist, zumeist eintreten und gewährt höchstens unter Umständen ein Rückforderungsrecht; wenn sie Begründung einer Obligation ist, läfst es sie hingegen nichtig sein. Man wendet zur Erklärung dieser Thatsache gern die Gedankenform an, bei Eigentumsübertragung u. s. w. sei der unsittliche Parteizweck bereits realisiert, bei blofser Begründung eines Forderungsrechts solle er erst künftig — durch Leistung zur Erfüllung des Forderungsrechts — realisiert werden. Da nun unser Recht blofs gegen die künftige Realisierung der unsittlichen Zwecke, nicht gegen die schon geschehene reagieren wolle, so ergebe sich

[149] Z. B. dem Fiskus, s. Dernburg, Preufs. Privatrecht I § 79.

jene Verschiedenheit der Behandlung von selbst. Indes hier liegt doch wohl eine Verwechslung vor. Auch bei einer Eigentumsübertragung könnte man sagen, der Parteizweck sei noch nicht realisiert, wenn die Sache etwa noch in dem Gewahrsam des Übertragenden sich befindet; durch Erhebung der Eigentumsklage solle auch hier der unsittliche Parteizweck erst realisiert werden. Und ähnlich könnte man die Vorschützung der Einrede des Erlasses, die Erhebung der Klage gegen den debitor cessus erst als den Versuch einer Realisierung des Erlasses, der Cession ansehen.

Ja wir haben wohl noch weiter zu gehen. Die Rechtswirkung ist doch nur eine Gedankenbeziehung; ob die Parteizwecke rechtlich realisiert sind oder nicht, ist erst als eine Folge davon abhängig, dafs das objektive Recht die Rechtswirkung eintreten läfst oder versagt, nicht ist es ein Grund für diese verschiedne Behandlung. Wir müssen also umgekehrt wie in jener Erörterung urteilen. Erklärt das objektive Recht die Eigentumsübertragung ohne Rücksicht auf den sittlichen Wert des Zwecks für giltig, so urteilen wir, der Parteizweck sei unmittelbar realisiert. Läfst das objektive Recht die Eigentumsübertragung hingegen wegen Unsittlichkeit ihres Zwecks nichtig sein, so ist der Parteizweck durch das auf Eigentumsübertragung selbst gerichtete Geschäft eben noch nicht realisiert. Bei jener Erörterung läuft also eine Verwechslung des Grundes mit der Folge mit unter.

Selbstverständlich sind es praktische Erwägungen, die für die Entscheidung nach der einen oder der anderen Seite hin Ausschlag geben, es handelt sich hier um keinerlei „naturrechtliche Notwendigkeiten". Nur Einzeluntersuchung auf dem Gebiet der einzelnen Rechtsordnung kann Klarheit verschaffen, wie weit die Unabhängigkeit der Eigentumsübertragung von dem Kausalgeschäft geht, und wie es mit der gleichen Frage bei den anderen Vermögensgeschäften (Servitutenbestellung und -verzicht, Obligationenerlafs, Cession u. s. w.) steht[150].

In solche Untersuchungen haben wir uns hier nicht zu vertiefen; vom Standpunkt des gemeinen Rechts aus wird die Unempfindlichkeit aller Vermögensverschiebungsgeschäfte (mit Ausnahme eben der auf Begründung einer Verpflichtung gehenden) von der Unsittlichkeit des durch sie verfolgten rechtsgeschäftlichen Zwecks als Regel ausgesprochen werden dürfen[151]. Wenn wirklich

[150] Für das römische Recht und de lege ferenda s. vor allem die wertvolle Arbeit Strohals in den Jahrbüchern für die Dogmatik 27 S. 334 ff.

[151] Für das österreichische Recht ist die Unabhängigkeit der Eigentumsübertragung von der Unsittlichkeit des Zwecks anzuerkennen: s. Randa,

Ausnahmen vorkommen[152], so sind diese doch so geringfügig, dafs sie hier aufser Acht bleiben können. Nur dann sind auch alle diese an sich neutralen Vermögensverschiebungsgeschäfte nichtig, wenn der Parteiwille selbst ihre eigne Wirkung von dem unsittlichen Zweck rechtlich abhängig gemacht hat: das ist der Fall, wenn der Eigentumsübertragung u. s. w. selbst eine unsittliche Bedingung hinzugefügt ist; auch für letztwillige Verfügungen spielt die unsittliche Bedingung ihre bedeutsame Rolle: dafs übrigens das gemeine Recht gerade bei ihnen nicht das ganze Geschäft, sondern blofs die Bedingung nichtig sein läfst, ist bekannt.

Mag nun übrigens das Vermögensverschiebungsgeschäft, z. B. die Eigentumsübertragung, trotz Unsittlichkeit des Kausalgeschäfts giltig sein: die Nichtigkeit des Kausalgeschäfts wegen Unsittlichkeit kann doch ihre Bedeutung haben. Insbesondere schliefst das gemeine Recht die Rückforderung der Leistung dann aus, wenn die Leistung zu einem für den Leistenden unsittlichen Zweck erfolgt und dieser nicht eingetreten war[153]. Durch die Rückleistung würde zwar dem unsittlichen Verhalten des Leistenden keine direkte Unterstützung zu Teil, wohl aber eine mittelbare: die Verpflichtung, bei Nichterfüllung des unsittlichen Zwecks zurückleisten zu müssen, würde den Empfänger zur Vornahme der unsittlichen Erfüllungshandlung motivieren können; und jedenfalls hat der Leistende seines unsittlichen Verhaltens halber keinen Anspruch darauf, dafs die Rechtsordnung ihm die Mittel in die Hand gebe, sich für den Schaden, den er durch die unsittliche Leistung erlitten hat, wieder zu erholen: die Rechtsordnung würde sonst indirekt wieder sein unsittliches Verhalten fördern. Die Versagung des Rückforderungsrechts bei giltig geschehener Leistung mufs deshalb auch internationalprivatrechtlich gleichgeachtet werden der Versagung der Giltigkeit des Leistungsgeschäfts selbst.

Von diesen Fällen abgesehen beschränkt sich die praktische Bedeutung des Grundsatzes, dafs unsittliche Geschäfte nichtig seien, der Hauptsache nach darauf, dafs die auf Begründung einer Obli-

Das Eigentumsrecht I S. 271; über das Preufsische Recht s. Dernburg, Preufsisches Privatrecht I § 238 Nr. 2 b, verglichen mit II § 292.

[152] Vgl. die Aufzählung der Fälle, wo die Eigentumsübertragung wegen Mangels der 'iusta' causa nichtig sein soll, bei Hofmann, die Lehre vom titulus u. s. w. S. 115 ff. mit der Kritik bei Lotmar, Causa S. 173—175. — Für den Text käme die Nichtigkeit wegen furtum in Betracht, wozu zu vgl. Exner, Tradition S. 333 ff.

[153] Vgl. BGB. § 817.

gation gerichteten Geschäfte, insbesondere also die Verträge, durch die sich der eine dem anderen zu einer Leistung verpflichten will, überall da, wo durch sie ein unsittlicher Zweck verfolgt wird, ein Forderungsrecht auf Leistung nicht erzeugen: durch Zubilligung des Anspruchs würden wir einem gemifsbilligten Willen Rechnung tragen, was eben nicht geschehen soll. Der Anspruch aus solchem unsittlichen Geschäft steht, obwohl er an sich weder unsittlich noch unerzwingbar sein mag, doch für uns dem an sich und seinem unmittelbaren Inhalt nach unsittlichen Anspruch gleich. Späterer Erörterungen halber ist es nützlich, kurz zu zeigen, dafs die Mifsbilligung auch bei diesen ihrem Grunde nach unsittlichen Ansprüchen gerade wie bei den wegen ihres Inhalts unsittlichen eine zweifache sein kann.

Entweder kann schon die Leistung selbst, obwohl an sich nicht verwerflich, doch aus einem solchen Grunde oder zu einem solchen Zweck erfolgend, verwerflich und darum selbst unsittlich sein. Unsittlich erscheint uns hier nicht nur die Erzwingung der Leistung durch den Gläubiger, sondern auch die Leistung des Schuldners selbst. Der Fall ist so zu denken, dafs in der Leistung selbst, wenn sie zu diesem Zweck geschieht, eine Unsittlichkeit des Leistenden liegt, dergestalt, dafs unser Recht Leistungen zu solchem Zweck bekämpft. Als Beispiel diene ein Vertrag, kraft dessen sich jemand zu einer Beitragszahlung behufs Erreichung verbrecherischer Zwecke verpflichtet hat. Nicht ohne mit sich selbst in Widerspruch zu geraten, könnte unsere Rechtsordnung zu der Verwirklichung eines solchen Anspruchs mithelfen.

Oder die Rechtsordnung mifsbilligt ihres Grundes und Zwecks halber nicht sowohl die Leistung als das Fordern der Leistung. Darum bekämpft sie auch — und das ist der praktische Unterschied gegenüber den soeben besprochnen Fällen — die freiwillige Leistung nicht: verwerflich erscheint in erster Linie die Eingehung des Rechtsgeschäfts nicht sowohl seitens des Schuldners als seitens des Gläubigers, darum auch nicht sowohl die Erfüllung des Anspruchs durch den Schuldner als die Erhebung des Anspruchs durch den Gläubiger. Ihm, dem Gläubiger, wird der Rechtszwang verweigert, damit er nicht das erreiche, was er durch die Eingehung des gemifsbilligten Rechtsgeschäfts erreichen wollte. Als Beispiel nehme man die Forderung auf Bezahlung eines Spielverlustes.

Gerade bei den obligationsbegründenden Geschäften ist von besonderer Wichtigkeit, was oben S. 344 schon angedeutet wurde.

Das Forderungsrecht, das wir seines unsittlichen Grundes halber für unsittlich halten, braucht nicht notwendig gerade das Forderungsrecht auf die beabsichtigte Hauptleistung zu sein. Ebenso mufs als unsittlich auch ein Anspruch gelten, der demjenigen, dessen Wille gemifsbilligt ist, mittelbar die vermögensrechtlichen Vorteile verschafft, die er sich durch sein verwerfliches Verhalten hat verschaffen wollen, so der Anspruch auf Leistung einer Vertragsstrafe wegen Nichterfolgens der Hauptleistung und ein Anspruch auf Schadensersatz aus gleichem Grunde; ja, auch wenn der Schuldner durch einen besonderen Rechtsakt seine Verbindlichkeit anerkannt und sie novatorisch oder accessorisch auf einen neuen abstrakten Schuldgrund gestellt hätte, wie z. B. wenn er einen Wechsel ausgestellt hätte, würde immer noch der Rechtsschutz dem Gläubiger versagt werden müssen.

Freilich wirkt auch bei diesen obligationsbegründenden Geschäften unsere Mifsbilligung des Geschäfts je nach der Art der beabsichtigten obligatorischen Folge bald stärker, bald schwächer auf diese ein. Die Empfindlichkeit auch der Obligation gegen die causa ist verschieden stark je nach ihrer ursprünglichen Art und je nach ihren späteren Schicksalen. Das freilich bleibt praktisch belanglos, ob die Obligation für nichtig erklärt oder ob dem Schuldner nur eine aufhebende Einrede gegen die Obligation gewährt ist — es handelt sich auch letzterenfalls schliefslich nicht um eine Wiederaufhebung schon eingetretner vermögensrechtlicher Nachteile, sondern um eine Versagung des Rechtsschutzes. Aber man bedenke nur, wie verschieden sich der Wechsel gegen die Unsittlichkeit seiner causa verhält, jenachdem er in der Hand des ersten Nehmers oder eines Indossatars ist. Aber auch je nach der Art der Obligation selbst kann die Empfindlichkeit der Obligation gegen die causa vom objectiven Recht verschieden gestaltet sein: es könnte für die Obligationen aus Wechsel, Anerkennung u. dergl. von vornherein eine gröfsere Unabhängigkeit der causa annehmen, wie ja da, wo durch ein Urteil ein neuer Schuldgrund geschaffen wird, die Eigentümlichkeit des zu Grunde liegenden Geschäfts ganz verwischt wird — gerade dies wird sich uns nachher noch als wichtig erzeigen.

2) Sehen wir von den Thatbeständen, die in menschlichen Handlungen bestehen, also näher von den unsittlichen Geschäften ab, so kann die Anknüpfung einer beliebigen, an sich unverwerflichen Rechtsfolge an irgend einen Thatbestand uns wohl als ungerecht und unzweckmäfsig erscheinen, aber nicht als sittlich verwerflich,

schon weil hier jede Beziehung auf ein menschliches Verhalten, das als unsittlich zu verurteilen wäre, fehlt[154]. Nur da, wo die angeordnete Wirkung personenrechtlicher Art ist, kommen leicht auch sittliche Rücksichten in Frage. Die Bekleidung gewisser Thatsachen mit Rechtswirkung kann unserem sittlichen Gefühl schwer anstöfsig sein nicht nur, weil dadurch wieder unsittlichen Parteizwecken juristische Sanktion verliehen wird, sondern auch ohne das, weil durch die unter solchen Umständen angeordnete personenrechtliche Wirkung in unzulässiger Weise in sittliche Verhältnisse eingegriffen oder ein unsittliches Lebensverhältnis befestigt wird.

Unsittlich kann uns das Lebensverhältnis selbst, dem das objective Recht seine Sanktion erteilt, wegen der Umstände erscheinen, unter denen es entstanden ist und fortbesteht: so ist für unsere Auffassung unsittlich z. B. die Eingehung einer Ehe, während schon eine andere besteht, unsittlich das Bestehen einer Ehe zwischen Geschwistern. Unsittlich kann uns ferner erscheinen das Eintreten des personenrechtlichen Verhältnisses gerade aus dieser Ursache: z. B. die Begründung einer Ehe durch blofsen Brautkauf ohne Rücksicht auf den Willen der Braut. Unsittlich kann uns endlich auch der Untergang des personenrechtlichen Verhältnisses aus diesem Thatbestand erscheinen: man denke hier namentlich an die Beendigung der Ehe etwa durch willkürliche Scheidung.

b. Unsittlichkeit der Anwendung des Rechtssatzes.

Erkennen wir einen fremden Rechtssatz als den Grundlagen unserer im Recht ausgeprägten sittlichen Anschauung zuwiderlaufend, so ist damit seine Anwendbarkeit doch noch nicht verneint. Nicht darauf allein kann es ankommen, dafs der Satz an sich sittlich verwerflich ist; es mufs auch seine Anwendung im konkreten Fall zu einem sittlich verwerflichen Ergebnis führen. Die Betonung dieses Moments, das auch in der Formulierung des deutschen Einführungsgesetzes Art. 30 seinen Ausdruck gefunden hat, wurde schon oben als ein erheblicher Fortschritt bezeichnet (s. S. 337). Will unsre Rechtsordnung ihren eignen sonstigen Anwendungsgrundsätzen zuwider die Anwendung eines fremden Rechtssatzes wegen seines Inhalts untersagen, so ist das nur zu rechtfertigen, wenn unsre

[154] Über die Unanwendbarkeit von Grundsätzen über Schuldbefreiung wegen 'Ungerechtigkeit' s. S. 379 Note 178.

eignen Interessen es gebieterisch verlangen. Der Gebrauch der Vorbehaltsklausel ist ja immer ein Kampfmittel, das die Friedlichkeit der geordneten internationalen Rechtsgemeinschaft in Sachen des Privatrechts durchbricht. Es berührt unsre Interessen an sich nicht, was „hinten, weit in der Türkei“ für Ehegesetze gelten: erst dann wird jenes Kampfmittel der Nichtanwendung am Platze sein, wenn die Anwendung des fremden Rechtssatzes Wirkungen auf unserem Gebiet hervorbringen oder gutheifsen würde, die wir für so schädlich erachten, dafs wir sie nicht dulden können. Man wird hier wohl auch noch weiter greifen dürfen: unserem Gebiet steht kraft einer Interessengemeinschaft das Gebiet anderer Staaten, in denen dieselben ethischen Anschauungen herrschen, gleich. Es gilt nun festzustellen, wann die Nichtanwendung des fremden Rechtssatzes derart durch unsere Interessen gefordert wird.

Wir können das auch anders ausdrücken. Die besprochne Unsittlichkeit eines Rechtssatzes besteht, wie wir wissen, immer in der Unsittlichkeit der von ihm angeordneten Rechtswirkung (sei es der Rechtswirkung schon an sich, sei es der Rechtswirkung aus gerade diesem Thatbestande). Nichtanwendung des fremden Rechtssatzes bedeutet Nichtanerkennung jener Rechtswirkung. Die Frage läfst sich also auch so stellen: gefährdet die nach dem mafsgebenden Recht eingetretne Rechtswirkung unsre Interessen so sehr, dafs wir Grund haben sie zu ignorieren, als nichtig zu behandeln?

Man darf diese Erörterungen vielleicht nach der Art der Anwendung des fremden Rechtssatzes, die in Frage steht, gruppieren. Anwenden im allgemeinen heifst ja, wie wir wissen, einen Rechtssatz als Obersatz in der Schlufsfolgerung gebrauchen, die zur Entscheidung eines Falles führen soll. Es würde sich also auch bei der Anwendung fremden Rechts immer um eine schlufsfolgernde Thätigkeit handeln. Diese Schlufsfolgerung kann nun aber eines dreifachen praktischen Zwecks halber verlangt werden und damit ein dreifaches Ergebnis haben. Entweder ist ein Anspruch prozessualisch geltend gemacht, der unmittelbar auf dem fremden unsittlichen Rechtssatz beruht: die Anwendung des fremden Rechtssatzes würde also dahin führen, dafs dieser Anspruch zugebilligt und dadurch vollstreckungsreif gemacht würde. Oder die Anwendung des fremden unsittlichen Rechtssatzes kommt bei der Entscheidung eines Rechtsstreits in anderer Weise, insbesondere bei einem Präjudizialpunkt in Frage. Oder endlich es handelt sich nicht blofs um eine entscheidende, sondern um eine „konstitutive“, d. h. die Schaffung neuer Rechtswirkungen bezweckende Thätigkeit

des Richters, und die Anwendung des fremden Rechts wird verlangt, um die materiellrechtlichen Voraussetzungen dieser Thätigkeit nach ihm zu beurteilen; in dieser Beziehung stehen dem Richter vielfach auch andere Behörden gleich.

α. Die erste Gruppe von Fällen ist unzweifelhaft. Die Anwendung eines fremden unsittlichen Rechtssatzes durch unsere Richter hat immer dann ein unsittliches Ergebnis bei uns, wenn sie dazu führen würde, zur Erfüllung eines unmittelbar aus diesem Rechtssatz hergeleiteten, also selbst unsittlichen Anspruchs zu verurteilen — parallel steht es natürlich mit einem einredeweise erhobnen Gegenanspruch. Der Richter würde hier durch seinen Spruch dazu mithelfen, eine Leistung (Handlung, Duldung, Unterlassung), sei es indem er sie beföhle, sei es indem er die Pflicht zu ihr feststellte, erzwingbar zu machen, während ihre Erzwingung uns unsittlich erscheint. Er würde also an der Realisierung der Unsittlichkeit für die Zukunft mithelfen. Die Anwendung des fremden Rechtssatzes selbst wäre insofern bereits eine Unsittlichkeit. Dadurch ist unter allen Umständen, und welches im übrigen auch die Bedingungen des Falls sein mögen, unser Interesse an der Nichtanwendung des fremden Rechts ausreichend gegeben. Von unseren Gerichten ist also in allen diesen Fällen der Anspruch einfach abzuweisen, mag er auch nach dem an sich, d. h. den sonstigen Kollisionsnormen der lex fori gemäſs anwendbaren fremden Recht begründet sein. Daſs er ebenso abzuweisen ist, wenn er nach dem fremden Recht bereits als unsittlich gilt, versteht sich von selbst: auf die Beurteilung unseres Rechts kommt in diesem Fall nichts an. Und zwar ist der Anspruch abzuweisen sowohl, wenn in der Leistung selbst bereits eine Unsittlichkeit liegt, wie auch dann, wenn nur ihre Erzwingung sittlich gemiſsbilligt wird; und auch das macht keinen Unterschied, ob die geforderte Leistung ihres Inhalts halber unsittlich oder unerzwingbar ist — hier liegt die Sache ganz klar —, oder ob sie es nur ihrem Grunde nach ist, während ihr Inhalt als solcher kein Bedenken erregen würde: internationalprivatrechtlich stehen sich alle diese Fälle völlig gleich. Freilich auch nur international p r i v a t rechtlich, nicht ganz in gleichem Maſs auch international p r o z e ſs rechtlich, d. h. wenn es sich darum handelt, daſs unsere Gerichte das Urteil eines ausländischen Gerichts, das zur Erfüllung eines nach unserer Anschauung unsittlichen Anspruchs verurteilt hat, vollstrecken sollen. CPO. § 661 Nr. 2 sagt, daſs das Vollstreckungsurteil nicht zu erlassen ist, „wenn durch die

Vollstreckung eine Handlung erzwungen werden würde, welche nach dem Rechte des über die Zulässigkeit der Zwangsvollstreckung urteilenden deutschen Richters nicht erzwungen werden darf". Dies trifft zwar nicht nur die Ansprüche, bei denen wir auch die Leistung des Schuldners, sondern ebenso die, in denen wir nur die Erzwingung dieser Leistung durch den Gläubiger mifsbilligen, diese Fälle stehen sich also nicht nur internationalprivatrechtlich, sondern auch internationalprozefsrechtlich gleich; gerade weil die Vollstreckung ausländischer auf blofs unerzwingbare Leistungen gehender Urteile ausgeschlossen werden sollte, lautet der § 661 Nr. 2 der CPO. so wie oben angeführt: in den Entwürfen war von einer Handlung gesprochen, die „verboten ist", die Justizkommission des Reichstags änderte diese Worte in „nicht erzwungen werden darf" [155]. Hingegen sind die Fälle, wo der Anspruch seinem unmittelbaren Inhalt, und die, wo er nur seinem Grunde nach gemifsbilligt ist, während die Leistung an sich sowohl sittlich erlaubt wie auch erzwingbar wäre, internationalprozefsrechtlich verschieden zu behandeln, wenn sie auch internationalprivatrechtlich einander völlig gleich stehen: eben diese Verschiedenheit in internationalprozefsrechtlicher Beziehung riet dazu, die Fälle in der Darstellung wie oben geschehen ist zu trennen. Ein Urteil eines fremden Gerichts auf eine ihrem unmittelbaren Inhalt nach unsittliche oder unerzwingbare Handlung kann in Deutschland nie vollstreckt werden; ist hingegen ein Anspruch auf eine an sich sittlich erlaubte und erzwingbare Handlung, der aus gemifsbilligtem Grunde, insbesondere aus gemifsbilligtem Rechtsgeschäft stammt, durch ein fremdes Gericht einmal anerkannt worden, so sind unsere Gerichte nach dem Sinn des § 661 Nr. 2 der CPO. nicht mehr in der Lage, die Vollstreckung des fremden Urteils — sofern die sonstigen Voraussetzungen der Vollstreckbarkeit fremder Urteile gegeben sind — zu weigern; jene Bestimmung der CPO. läfst keine Möglichkeit zu, auf die causa des Anspruchs zurückzugreifen [156]. Freilich ist diese

[155] Vgl. auch CPO. § 867 Nr. 2, Rechtshilfegesetz vom 21/6. 1869 § 37 und Gerichtsverfassungsgesetz § 159.

[156] Der Wortlaut des § 661 Nr. 2 läfst an sich auch — mir scheint dies nicht bestritten werden zu dürfen — die weitere Auslegung zu. Bezahlung von Spielschulden z. B. kann man auch als eine Handlung bezeichnen, welche nach deutschem Recht nicht erzwungen werden darf. Es kommt darauf an, ob man bei den Worten ‹eine Handlung, welche nicht erzwungen werden darf› hinzudenkt: welche ihres unmittelbaren Inhalts halber nicht erzwungen werden darf, oder: welche ihres Inhalts oder auch ihres Grundes halber nicht erzwungen werden darf. Beides ist, wie man sofort sieht, an sich gleich mög-

Bestimmung der CPO. für eine Reihe von Fällen sehr bedenklich. Das Bedenken tritt am stärksten da hervor, wo es sich etwa um einen Anspruch auf Leistung einer Vertragsstrafe oder des Schadensersatzes wegen Nichterfüllung eines Vertrags handelt, der auf eine uns schon an sich unsittlich scheinende Leistung ging, oder auf Leistung einer Vertragsstrafe wegen Nichterfüllung einer Verbindlichkeit auf eine nach unseren Rechtsanschauungen unerzwingbare Leistung. Unser Recht verbietet hier einerseits die Leistung oder doch ihre Erzwingung und übt doch andererseits dadurch, dafs es die Vollstreckung von fremden Urteilen auf Schadensersatz oder Vertragsstrafe verspricht, selbst einen mittelbaren Zwang zur Vornahme jener verbotnen oder unerzwingbaren Leistung aus. Man wird schwerlich leugnen können, dafs unsre Rechtsordnung hier mit der

lich. Mir scheint die engere Auslegung lediglich durch Abs. 1 des § 661 der CPO. begründbar zu sein. Hier heisst es: „Das Vollstreckungsurteil ist ohne Prüfung der Gesetzmäfsigkeit der Entscheidung zu erlassen“. Direkt läfst sich dieser Abs. 1 freilich nicht anwenden: denn da die ausländische Verurteilung wegen eines seinem Grunde nach bei uns gemifsbilligten Anspruchs normaler Weise kraft eines ausländischen Gesetzes erfolgt sein mufs, das jenen Anspruch eben nicht mifsbilligt, ist die Entscheidung auch „gesetzmäfsig“ erfolgt; also bezieht sich Abs. 1 auf die Vollstreckbarkeit derartiger Urteile nicht. Wohl aber darf man sagen: der angeführte Abs. 1 enthält eine Anwendung des Grundsatzes, dafs das ausländische Urteil als selbständige causa des Vollstreckungsanspruchs angesehen werden soll. Darum kommt auf die Gesetzmäfsigkeit der Entscheidung nichts an; darum aber kommt zugleich auch — dies ist ein zweiter auf dem Wege der Analogie oder durch den Schlufs a maiore ad minus zu gewinnender Satz — nichts auf den Grund des Anspruchs, zu dessen Erfüllung verurteilt ist, an. Über die Beschränkung des § 661 Nr. 2 auf die ihrem unmittelbaren Inhalt nach unerzwingbaren Handlungen herrscht so ziemlich Einmütigkeit; s. z. B. die Kommentare zur CPO. von Struckmann und Koch (6 A.) S. 791, L. Seuffert (6 A.) S. 812, Petersen S. 926 fg., Gaupp (2 A.) S. 325, ferner Wach, Handbuch I S. 229 N. 28 (wo der Ausdruck des Textes „das Gesetz legt kein Gewicht auf den Inhalt der zu exequierenden Leistung“ nicht falsch verstanden werden darf) und Francke in der Zeitschrift für Civilprozefs 8 S. 21 ff. Wenn dieser Schriftsteller für erheblich die ausschliefsliche Zweckbestimmung des Geschäfts erklärt und deshalb die Vollstreckung eines Urteils auf Zahlung eines Beitrags zu unsittlichem oder verbotnem Zweck ausschliefsen will, so kommt er damit meines Erachtens auf die von ihm selbst vorher verworfne Erheblichkeit der causa des Anspruchs zurück. Der Zweck einer ihrem unmittelbaren Inhalt nach nicht verwerflichen Leistung ist juristisch entweder überhaupt belanglos, oder er kommt als causa der Leistung in Betracht. — Über die Vollstreckbarkeit ausländischer Urteile, die zu einer Unterlassung verurteilen, s. Kohler in der Zeitschrift für Civilprozefs 10 S. 449 ff. und gegen ihn Heidecker ebenda 18 S. 460.

linken Hand giebt, was sie mit der rechten nimmt. Indes dies kann hier nicht näher erörtert werden, da die Fragen des internationalen Prozefsrechts nicht in den Rahmen dieses Buchs gehören nur das eine soll noch bemerkt werden: die in der jüngsten Litteratur vereinzelt vertretene Meinung[157], als ob der Art. 30 des EG. eine Rückwirkung auch auf § 661 Nr. 2 der CPO. ausübe, sodafs künftig die Vollstreckung aller Urteile versagt werden müfste, die auf einen auch nur seinem Grunde nach gemifsbilligten Anspruch hin erfolgt sind, ist unrichtig: in der Vollstreckung eines fremden Urteils liegt nicht die Anwendung eines fremden Privatrechtssatzes, von der allein Art. 30 des EG. handelt.

β. Bisher wurden Fälle behandelt, in denen ein seinem Inhalt oder Grunde nach unsittlicher Anspruch vor Gericht erhoben wurde: die Anwendung des fremden Rechts, das einen solchen Anspruch bejaht, würde hier zu einer Zuerkennung dieses Anspruchs und damit zu einer unmittelbaren Beförderung der Unsittlichkeit führen. Nunmehr fassen wir Fälle ins Auge, wo der Richter zwar auch entscheidende Thätigkeit ausübt, der erhobne Anspruch selbst aber nicht unsittlich ist, weder seinem Inhalt noch seinem Grunde nach, die Anwendung des fremden unsittlichen Rechtssatzes vielmehr nur bei Entscheidung eines Präjudizialpunktes in Betracht kommt. Von der Bejahung oder Verneinung der unsittlichen Rechtswirkung, also des Rechtserwerbs oder Rechtsverlustes, den wir für unsittlich erachten, hängt die aktuelle Entscheidung über den erhobnen Anspruch mittelbar ab. Zum Beispiel bei einer erhobnen Rückforderungsklage wegen Leistung einer Nichtschuld mufs festgestellt werden, ob die Forderung, auf die geleistet ist, bestanden hat oder nicht, bei einem strafrechtlichen Verfahren oder bei einer Deliktsklage kommt in Betracht, ob die als deliktisch behauptete Handlung rechtswidrig gewesen oder in Ausübung eines Rechts vorgenommen ist. Oder es mufs über die Giltigkeit einer Ehe entschieden werden, weil von ihr ein geltend gemachter erbrechtlicher Anspruch oder ein Alimentationsanspruch abhängt, oder weil ein sonstiger erhobner Anspruch eine bestimmte Gestaltung des Ehegüterrechts und damit die Ehe selbst voraussetzt; oder für irgend einen beliebigen Anspruch ist die Frage vorentscheidend, ob diese oder jene Person Sklave gewesen sei oder

[157] S. z. B. den Artikel „Ausländische Urteile in Terminhandelsprozessen" in der Köln. Zeitung Nr. 458 vom 18/5. 1896.

nicht u. s. w. Man bemerkt sofort, dafs gerade das Dasein oder Nichtdasein absoluter Personenrechte besonders häufig als derartiger Präjudizialpunkt wichtig werden wird.

Als unmöglich mufs hier, das wurde bereits anfänglich gesagt, die Ansicht gelten, dafs in allen solchen Fällen die Anwendung des fremden unsittlichen Rechtssatzes einfach zu unterbleiben habe, die nach dem fremden Recht zu bejahende Rechtswirkung also unterschiedslos auch in Bezug auf alle Folgefragen als nicht existent zu behandeln sei. Wollten wir jede Folgerung aus einer uns unsittlich erscheinenden Prämisse ablehnen, so würden wir weit über das hinausgehen, was unser Interesse uns gebietet. Denn die Folgerung ist vielleicht ganz harmlos; dadurch allein aber kann unser Sittlichkeitsgefühl noch nicht verletzt werden, dafs ein Richter feststellt, diese Person lebe in der Türkei in einer Mehrehe. Auch würden wir sachlich nichts mit jener Ablehnung erreichen; wir träfen ja nur die unschädliche Folge, nicht die schädliche Ursache.

Andrerseits ist es ebenso unmöglich, den fremden unsittlichen Rechtssatz, wenn er lediglich bei der Entscheidung eines Präjudizialpunkts in Betracht kommt, für schlechthin anwendbar zu erklären.

Den einzuschlagenden Mittelweg findet man, sobald man hier nur fest ins Auge fafst, was als Leitsatz aufgestellt wurde: wenn wir dem fremden Rechtssatz die Anwendung versagen, so darf das nur geschehen, weil seine Anwendung — und das bedeutet nach früheren Erörterungen: die Anerkennung der ihm gemäfs eingetretnen Wirkung — unsren Interessen schädlich sein würde. Das kann nur statthaben, wenn die fremde unsittliche Rechtswirkung unmittelbar, nicht blos in ihren an sich sittlichen Folgen, eine 'Beziehung' zu unserem Lande hat. Der Ausdruck 'Beziehung' ist sehr allgemein, er bedarf näherer Erklärung. Wir verstehen darunter nicht die Beziehung, dafs diese unsittliche Rechtswirkung bei uns den Gegenstand einer Entscheidung bildet, sondern eine thatsächliche Beziehung des zu entscheidenden Falles selbst schon vor der Entscheidung. Wir sahen früher, dafs jede Anwendungsnorm das rechtfertigende Moment für die Anwendbarkeit einer bestimmten Rechtsordnung auf einen bestimmten Fall in der „staatlichen Beziehung" des Falls sieht, in der Beziehung also zu dem Staat, dessen Rechtsordnung eben angewendet werden soll. In dem Fall, den die Vorbehaltsklausel trifft, liegt zwar die rechtfertigende staatliche Beziehung nicht zu unserem, sondern zu einem fremden Staat vor; zugleich aber hat der Fall eine andere — grundsatzmäfsig freilich unerhebliche — Beziehung zu unserem Staat, und wenn unser Recht

diese Beziehung auch nicht als stark genug erachtet, um seine eigne Rechtsordnung ihretwegen auf einen solchen Fall schlechthin für anwendbar zu erklären, so schafft sie doch ein so grofses Interesse an dem Fall, dafs wenigstens, wo Notwehrlage gegeben ist, also bei Unsittlichkeit des fremden Rechts eine Korrektur eintritt.

Hiermit gewinnt auch diese Lehre einen Anschlufs an die allgemeinen Sätze des internationalen Privatrechts. Zugleich ist es nun möglich, wenigstens in Umrissen zu bestimmen, welcher Art die Beziehung zu unserem Staat ist, durch welche die Vorbehaltsklausel ausgelöst wird. Es ist möglich, dafs bereits eine persönliche Beziehung einer der bei dem Fall beteiligten Personen, obschon sie für die Auswahl der mafsgebenden Rechtsordnung grundsatzmäfsig unerheblich ist, doch genügend erscheint, um ausnahmsweise jene Remedur eintreten zu lassen. Meist wird die von der Vorbehaltsklausel geforderte Beziehung territorialer Art sein: in dem betreffenden Fall ist das fremde Recht kraft Personalhoheit mafsgebend, zugleich liegen aber Beziehungen zu unserem Gebiet vor — kraft Gebietshoheit schliefsen wir die Anwendung des fremden Rechts, dessen durch Personalhoheit begründete Herrschaft wir sonst grundsatzmäfsig anerkennen, ausnahmsweise aus. Die territoriale Beziehung, durch welche die Wirksamkeit der Vorbehaltsklausel bedingt ist, kann jede beliebige sein; zweierlei kommt besonders in Betracht: sie kann die sein, dafs die Thatsachen, insbesondere die Handlungen, deren Rechtswirkung in Frage steht, auf unserem Gebiet sich vollzogen haben; sie kann sein und ist wohl meistens der Aufenthalt oder Wohnsitz des von der Rechtswirkung betroffenen Ausländers auf unserem Gebiet, der thatsächliche Eintritt in die Schutz- und Friedenssphäre unserer Rechtsordnung.

Diese Beziehung des zur Entscheidung stehenden Rechtsfalls zu unserem Gebiet ist nun etwas, was zeitlich eintritt, sie kann jetzt vorhanden sein, war es aber vielleicht in einem bestimmten früheren Zeitpunkt nicht. Die Rücksicht hierauf zwingt zu der folgenden Behandlung und Lösung des Problems. Es ist zu trennen.

Ist die unsittliche Rechtswirkung dem fremden an sich mafsgebenden Gesetz gemäfs erst eingetreten, nachdem bereits die Beziehung zu unserem Territorium geschaffen war, so sehen wir sie von vornherein als niemals giltig gewesen an. Der unsittliche Vertrag existiert für uns nicht, die unsittliche Obligation ist nicht entstanden, die unsittliche Scheidung erkennen wir nicht an, und das bezieht sich auch auf alle Folgefragen, für die etwa die Giltigkeit jener Rechtswirkung vorentscheidend sein könnte.

Hat sich der Thatbestand hingegen vollendet, während eine Beziehung zu unserem Gebiet — wie sie allerdings später vorhanden war — noch nicht bestand, ist also die Rechtswirkung bereits vor dieser Beziehung in Kraft getreten, so ist weiter zu unterscheiden, ob die Wirkung blofs ihrem erstmaligen Eintreten oder auch ihrer Fortdauer nach unsittlich ist. Erscheint uns blofs das einmalige Eintreten der Rechtswirkung als Unsittlichkeit, nicht auch der nunmehr bestehende Rechtszustand, so ist zu der Zeit, wo die Beziehung zu uns wirklich wird, keine jetzige Unsittlichkeit mehr vorhanden: wir haben kein Interesse und darum keinen Grund, die Anwendung des fremden Rechts einzuschränken; ist hingegen nicht blofs das einmalige Eintreten der Rechtswirkung unsittlich, sondern erscheint uns auch der infolge dieser Rechtswirkung vorhandne Rechtszustand als dauernd unsittlich, so kann sich unsre Nichtanerkennung der Rechtswirkung doch nur auf den Zeitraum erstrecken, in welchem die Beziehung zu unsrem Gebiet vorhanden war, nicht auf die Zeit vorher, nicht auf die Zeit nachher. Mit anderen Worten: unsre Gerichte müssen anerkennen, dafs der Rechtszustand zu der Zeit, bevor die Beziehung zu unsrem Gebiet eingetreten ist, wirklich zu Recht bestanden hat, obwohl er uns unsittlich erscheint; wir haben an seiner Nichtanerkennung, soweit es sich um jenen früheren Zeitraum handelt, kein Interesse. Von dem Augenblick aber, in dem die Beziehung zu unsrem Gebiet eingetreten ist, und für die Zeit, da sie vorhanden ist, gilt der Rechtszustand seiner Unsittlichkeit halber für uns nicht mehr als vorhanden.

Zusammengefafst würde dies heifsen: wir erkennen nicht an und umgeben nicht mit Rechtsschutz das erst auf unserem Grund und Boden eingetretne unsittliche Rechtsverhältnis nebst allen seinen Folgerungen oder das zu unserem Grund und Boden in Beziehung getretne, dieses von dem Augenblick ab, da es zu unserem Grund und Boden in Beziehung getreten ist. Wir beurteilen also die Rechtslage so, als wäre die auf unserem Grund und Boden eingetretne unsittliche Rechtswirkung überhaupt nicht eingetreten und als wäre die auf unseren Grund und Boden später verpflanzte und dann noch unsittliche Rechtswirkung in dem Augenblick dieser Verpflanzung wieder erloschen: und zwar beurteilen wir dann alle Folgefragen demgemäfs, also nach fremdem Recht, aber so, als wäre jene Rechtswirkung eben schon nach fremdem Recht nicht eingetreten oder wieder erloschen.

Demnach entsteht die Aufgabe für uns, festzustellen, wann eine Rechtswirkung blofs ihrem erstmaligen Eintreten nach und wann

sie dauernd unsittlich ist; diese Feststellung gibt Gelegenheit, jene Grundsätze durch Beispiele zu verlebendigen. Wir unterscheiden die Rechtswirkung, je nachdem sie in dem Erlöschen oder in dem Erwerb eines Rechts besteht.

Ist die von dem fremden uns unsittlich erscheinenden Rechtssatz angeordnete Wirkung das Erlöschen eines Rechts oder Rechtsverhältnisses, so ist in den weitaus meisten Fällen die Unsittlichkeit mit dem einmaligen Eintreten der Wirkung bereits abgeschlossen: der infolge ihrer eingetretne Rechtszustand, das jetzige Nichtdasein des Rechts, ist nicht mehr unsittlich. Wir erachten beispielsweise einen fremden Rechtssatz, der willkürliche Scheidung der Ehe gestattet, für unsittlich. Die Unsittlichkeit liegt hier in dem Scheidungsakt oder richtiger in dem Erlöschen der Ehe auf Grund dieses Aktes, das Erloschensein und jetzige Nichtbestehen des Eheverhältnisses aber als jetziger Rechtszustand kann so wenig eine jetzige Unsittlichkeit enthalten, wie die Thatsache, dafs eine Ehe zwischen zwei Personen überhaupt nicht besteht. Daraus ergiebt sich: erfolgt die Scheidung während einer der Ehegatten in Deutschland sich aufhält, so würde sie von unseren Gerichten nach jeder Richtung hin als wirkungslos behandelt werden müssen. War hingegen die Scheidung zwischen den Ausländern bereits im Ausland erfolgt, und kommen diese Ausländer nunmehr nach Deutschland, so müssen wir die Scheidung durchaus als wirksam behandeln, die Ehe besteht auch für unsre Rechtsprechung nicht mehr fort. Wir haben an der Nichtanwendung des fremden Rechts hier kein Interesse, die Beziehung zu unserem Gebiet tritt eben erst in einem Zeitpunkt ein, in dem eine Unsittlichkeit nicht mehr vorhanden ist: die Scheidung war unsittlich, das Geschiedensein ist es nicht.

Einige Fälle mag es freilich geben, in denen uns auch das Nichtdasein eines erloschenen Rechts als zuständlich unsittlich erscheint: es sind die früher S. 339 berührten Fälle, in denen wir das Dasein des Rechts als sittlich notwendig fordern. So fordern wir insbesondere die Anerkennung der Rechtspersönlichkeit des Menschen überhaupt. Soweit dann nach dem fremden Recht zugleich ein unsittliches Recht eines Dritten an der Person vorliegt (man denke an Sklaverei), gilt für diese Fälle „negativer Unsittlichkeit“ das, was von den Fällen der positiv unsittlichen Personenrechte zu sagen sein wird.

Eine dauernde Unsittlichkeit des Rechtszustandes kann — von den letztgenannten Fällen abgesehen — nur da vorhanden sein, wo der Rechtszustand ein positiver, d. h. wo die Rechtswirkung Erwerb

eines bestimmten Rechts ist. Sie ist dann vorhanden, wenn nicht blofs der Erwerb des Rechts uns unsittlich erschien, sondern wenn das Recht selbst ein seinem Fortbestehen nach dauernd unsittliches ist. Wann hat das statt?

Fortdauernd unsittlich mufs uns vorerst notwendig und in jedem Fall jedes seinem unmittelbaren Inhalt nach unsittliche Recht erscheinen; das bedarf keines Beweises: das Recht selbst und als solches ist eben unsittlich und ist fortdauernd vorhanden, darum dauert auch seine Unsittlichkeit fort. Dies kommt, wie wir wissen, nur bei Obligationen und bei Personenrechten vor. Wenn hingegen die Unsittlichkeit nur darin lag, dafs an gerade diesen Thatbestand dieses an sich nicht unsittliche Recht geknüpft war, so ist das Dasein dieses Rechts nur dann fortdauernd unsittlich, wenn die Thatsachen fortdauern, die uns das erstmalige Eintreten des Rechts unsittlich erscheinen liefsen. Auch das kommt, wie sich zeigen wird, nur bei Obligationen und bei Personenrechten vor.

Was die Vermögensrechte betrifft, so gewinnen hier frühere Erörterungen erneuten Einflufs. Wir haben gefunden, dafs in besonderen Fällen die Eigentumsübertragung, die Cession u. s. w. uns unsittlich erscheinen können, weil ihnen ein unsittliches Zweckgeschäft zu Grunde liegt. Im allgemeinen aber sehen wir diese Leistungsgeschäfte als unabhängig von dem Zweckgeschäft an, und daraus ergiebt sich, dafs das Bestehen von Eigentum, das Übertragensein einer Obligation uns niemals als ein fortdauernd unsittlicher Zustand erscheinen kann, selbst wenn unser Recht in gleichem Falle die Übertragung oder Cession als nichtig ansehen sollte. Das Eigentum betrachten wir an sich weder als ein sittliches noch als ein unsittliches Recht, es ist neutral: es löst sich, sobald es einmal da ist, von seinem Entstehungsgrunde los. Daraus ergiebt sich für uns: würde ein solches Geschäft zwischen Ausländern in Deutschland abgeschlossen, so würden wir es zwar, wenn seine Giltigkeit in irgend einem Prozefs bei uns in Frage käme, als nichtig behandeln; ist aber zu einer Zeit, wo die Beziehung zu unserem Staat noch nicht vorlag, die Rechtswirkung schon eingetreten, das Eigentum erworben, die Forderung übergegangen, so betrachten wir das Eigentum als bestehend, die Forderung als übergegangen: das Eigentum wird auf die dunklen Punkte seiner Vergangenheit hin nicht mehr geprüft, dies selbst dann nicht, wenn die Sache später auf unser Gebiet gelangt ist. Und ebenso: ist ein derartiges Geschäft unter einer Bedingung errichtet, die das mafsgebende Recht als giltig, das unsre als sittlich unzulässig betrachtet, und die Bedingung ist

eingetreten noch bevor eine Beziehung des Falles zu unserem Gebiet vorlag, so acceptieren wir den bereits eingetretnen Rechtszustand ohne Rücksicht auf die Unsittlichkeit des ursprünglichen Entstehungsgrundes; tritt die Bedingung hingegen erst ein, nachdem bereits die Beziehung zu unserem Gebiet geschaffen ist, so behandeln wir das Geschäft und darum seine Wirkungen als nichtig.

Anders steht es bei den Obligationen. Sie können, wie wir wissen, nicht nur ihrem unmittelbaren Inhalt nach unsittlich sein, sondern auch des Grundes ihrer Entstehung halber: auch in diesem letzteren Fall betrachten wir sie als fortdauernd unsittlich. Eine Obligation löst sich (von besonderen Fällen, s.oben S. 349, abgesehen) niemals von ihrem ersten Entstehungsgrunde los; erst in der Leistung, die sie für die Zukunft verlangt, sehen wir die Realisierung des Zwecks, dem sie ihre Entstehung verdankt, darum macht dieser Zweck, wenn er unsittlich ist, nicht nur ihre Entstehung, sondern ihr Bestehen zu einem unsittlichen.

Damit ergiebt sich die rechtliche Behandlung. Ein seinem Inhalt oder seinem Grunde nach unsittlicher Anspruch mufs von dem Augenblick ab als erloschen gelten, in dem die Beziehung zu unserem Gebiet hergestellt ist, insbesondere also der Schuldner unser Gebiet betreten hat; für die Zeit vorher aber müssen wir ihn als vorhanden ansehen. Dafs wir freilich aus einem solchen Anspruch nicht verurteilen, selbst wenn die beteiligten Personen im Ausland sind (man denke an einen Prozefs durch Bevollmächtigte am Gerichtsstand des Vermögens), beruht auf einem anderen, früher schon erörterten Gesichtspunkt. An dieser Stelle ist nur an Fälle zu denken, wo das Bestehen der Obligation als Präjudizialpunkt in Frage kommt, und da ist eben zwischen jenen Zeiträumen zu unterscheiden. Beispielsweise würden wir wegen einer noch im Ausland geschehenen Erfüllung dieser Obligation eine Rückforderungsklage nicht unter der Begründung gewähren dürfen, dafs wir die Obligation wegen ihrer Unsittlichkeit nicht als giltig anerkennten; hingegen wäre eine vom Schuldner im Inland bewirkte Leistung so zu beurteilen, als wäre auch nach dem fremden Recht der Anspruch erloschen gewesen: gewährt das fremde Recht in solchem Falle eine Rückforderung des Gezahlten, so gewähren wir sie auch und können den Rückforderungskläger nicht deshalb abweisen, weil ja nach dem fremden — eben unsittlichen — Rechtssatz die Forderung bestanden habe.

Fortdauernd unsittlich kann ferner auch ein Personenrecht sein, einmal, wie schon gesagt, wenn sein Inhalt unmittelbar unsittlich

ist, sodann aber auch, wenn und so lange die Umstände fortdauern, derentwegen wir seine erstmalige Entstehung für unsittlich halten. Fortdauernd unsittlich ist z. B. die Sklaverei, die Geschwisterehe, fortdauernd unsittlich eine zweite Ehe, so lange die erste noch besteht; hingegen würde die zweite Ehe keine gegenwärtige Unsittlichkeit mehr enthalten, sobald die erste Ehe durch Scheidung oder Tod gelöst wäre. Für die juristische Behandlung ist auch hier der Grundsatz aufzustellen, dafs dies Personenrecht, soweit es unsittlichen Inhalt hat, mit dem Augenblick, da die Beziehung zu unserem Gebiet eingetreten ist, insbesondere also mit dem Augenblick, da die gewaltunterworfne Person unser Gebiet betritt, erloschen ist und für die Zeit, da die Beziehung zu unserem Gebiet dauert, erloschen bleibt.

Dies bezieht sich zunächst auf Personenrechte, die an sich auch bei uns vorkommen, nur dafs ihr Inhalt nach fremdem Recht in einer unseren sittlichen Anschauungen widersprechenden Weise ausgemessen ist; z. B. das fremde Recht gestattet eine weitgehende Züchtigung der Ehefrau, weitgehende Freiheitsbeschränkung der Hausangehörigen. Von dem Augenblick ab, da die kraft des Rechts unterworfnen Personen unser Gebiet betreten, gilt für uns das Recht seinem Inhalt nach als verändert, und zwar auf das sittlich erlaubte Mafs herabgemindert. Dafs unsere Gerichte zu einer Durchführung des Züchtigungs-, des Freiheitsbeschränkungsrechts für die Zukunft nicht die Hand bieten dürfen, indem sie eine Duldung der unterworfnen Person erzwingen, fällt schon unter einen früher verwerteten Gesichtspunkt (oben S. 352). Sie müssen aber überhaupt jenes Personenrecht als von dem Augenblick ab nicht mehr bestehend behandeln, da die Beziehung zu unserem Gebiet eingetreten ist. Daher würde die Ausübung jenes Züchtigungsrechts, jenes Rechts zur Freiheitsbeschränkung bei uns als widerrechtlich gelten müssen, was sowohl für Schadensersatzfragen wie in strafrechtlicher Hinsicht bedeutungsvoll sein kann.

Energischer greift diese Nichtanerkennung ein, wenn wir das ganze Personenrecht, sei es seines unmittelbaren Inhalts, sei es der Umstände halber, unter denen es besteht, als unsittlich ansehen. Die hier immer wieder behandelten Beispiele sind die Mehrehe und die Sklaverei. Wiederum kommt an dieser Stelle nicht mehr die Realisierung dieser Rechte für die Zukunft in Betracht; unsre Gerichte lassen zu ihrer unmittelbaren Verwirklichung weder einen Anspruch gegen den Unterworfnen selbst zu, dafs er sich dem Recht entsprechend verhalte (z. B. einen Befehl an die zweite Frau auf

Herstellung des ehelichen Lebens — wir zwingen die Frau nicht in die unsittliche Lebensgemeinschaft hinein) noch einen Anspruch gegen Dritte, den Berechtigten in der Ausübung seines Rechts nicht zu stören (z. B. eine Vindikation des Sklaven). An dieser Stelle handelt es sich vielmehr um Folgefragen: wir dürfen von dem Augenblick ab, wo die Beziehung zu unserem Gebiet eingetreten ist, auch keinerlei Folgerungen aus dem Bestehen jenes unsittlichen Rechts ziehen, selbst wenn diese Folgerungen für sich durchaus nichts Unsittliches haben. Weil das Verhalten unserer Rechtsanwendung hier lediglich durch unser eignes Interesse regiert wird, erkennen wir solche Rechte auch für die Zeit, da die Beziehung zu unserem Gebiet noch nicht vorlag, als zu Recht bestehend an; wir ziehen daher auch alle Folgerungen aus ihnen, soweit sie sich auf die Vergangenheit beziehen.

Leben demnach Ausländer im Ausland ihrem Heimatrecht zufolge in giltiger Mehrehe und kommt nun ein Anspruch vor unseren Gerichten — etwa kraft Gerichtsstands des Vermögens oder der belegenen unbeweglichen Sache — zur Sprache, für den das Dasein der zweiten Ehe präjudiziell ist, so ist die Giltigkeit dieser zweiten Ehe noch nicht zu leugnen. Stirbt also der in der Mehrehe in der Türkei lebende Türke unter Hinterlassung eines Sohnes der zweiten Frau, und dieser Sohn kommt irgendwie dazu in Deutschland sein Erbrecht geltend zu machen, so müſsten unsere Gerichte die zweite Ehe als giltig und damit sein Erbrecht als bestehend annehmen [158]. Ebenso würde ein etwaiger in Deutschland gegen den Ehemann geltend gemachter Anspruch (man denke an Alimentationspflicht und eheliches Güterrecht), der sich darauf stützte, daſs der Beklagte in der Türkei neben einer ersten noch eine zweite Frau habe, bei uns nicht abgewiesen werden dürfen. Anders aber, wenn die Mehrehe selbst eine unmittelbare thatsächliche Beziehung zu unserem Gebiet hat — und unserem Gebiet wird in dieser Beziehung wie gesagt das Gebiet eines anderen Staats, der ebenfalls die Mehrehe nicht zuläſst, gleich zu achten sein —. Diese thatsächliche Beziehung zu unserem Gebiet würde die Mehrehe zwar noch nicht gewinnen, wenn nur der Mann auf deutsches Gebiet kommt — hier läge meines Erachtens noch kein genügender Grund vor, die Giltigkeit seiner Ehen mit den in der Türkei befindlichen Frauen zu beanstanden —, wohl aber würde sie geschaffen werden, sobald eine

[158] So auch v. Bar I S. 129, Kahn in den Jahrbüchern f. d. Dogm. 30 S. 137.

der beiden Frauen unser Gebiet betritt, mag es die erste, mag es die zweite Frau sein, mag sie mit dem Ehemann oder ohne ihn nach Deutschland kommen. Von diesem Augenblick ab und solange eine der beiden Frauen auf unserem Gebiet verweilt, würde die Anerkennung der Giltigkeit dieser mehreren Ehen eine Verletzung der Sittlichkeit für uns enthalten. Von jetzt ab und während dieser Zeit würden wir, gleichgiltig ob es sich blofs um vorübergehenden Aufenthalt oder um Wohnsitz bei uns handelt, höchstens eine der Ehen als giltig betrachten können, und dies müfste die ältere der beiden Ehen sein. Wir würden keine Konsequenzen mehr aus der jetzigen Giltigkeit der zweiten Ehe nach türkischem Recht ziehen dürfen.

Also: so lange die zweite Frau in Deutschland weilt, gilt sie nicht als Ehefrau; sie würde mithin keinen Unterhaltsanspruch gegen den Mann in Deutschland durchführen können, ebensowenig dürften wir im Fall der Beerbung einen in Deutschland von der zweiten Frau geborenen Sohn als erbberechtigt ansehen. Die Verhältnisse sind so zu beurteilen, als ob in dem Augenblick, da die zweite Frau den Boden unseres Staats — oder eines anderen Staats, in dem das Princip der Einehe gilt — betreten hat, ihre Ehe gelöst sei. Kehrt die Frau nach der Türkei zurück, so würde nichts im Wege stehen, ihre Ehe als von neuem giltig zu betrachten. Und jene Nichtanerkennung der zweiten Ehe wirkt natürlich nicht blofs zu Ungunsten, sondern auch zu Gunsten dieser zweiten Frau: sie gilt von dem Augenblick ab, da sie den deutschen Boden betreten hat, nicht mehr als verheiratet. Daher kann sie nunmehr in Deutschland eine neue Ehe schliefsen, die wir als giltig zu betrachten haben. „Dieser Fall ist neuerdings zur Entscheidung gekommen, als eine der Frauen aus dem Harem des zur Abdikation veranlafsten Khedive Ismail-Pascha sich in einen Neapolitaner verliebte und in einen kleinen Ort der Provinz Neapel entfloh. Auf eingeholte Äufserung des italienischen Ministeriums schritt der Civilstandsbeamte zur Trauung“ [159]. Diese Entscheidung, die freilich keine richterliche Entscheidung im Prozefs war, entspricht durchaus der hier vertretenen Theorie.

Und ebenso umgekehrt: solange die erste Frau in Deutschland weilt, müssen wir sie als die allein berechtigte Ehefrau betrachten; ist daher während dieser Zeit von der in der Türkei befindlichen zweiten Frau ein Kind geboren worden, so dürfte dieses

[159] v. Bar I S. 130 Note 6, der die Entscheidung ebenfalls billigt.

Kind bei uns nicht als erbberechtigt gelten, ebenso würde ein etwaiger vermögensrechtlicher Anspruch der früher bezeichneten Art gegen den Ehemann selbst auf Grund der zweiten Ehe nicht geltend gemacht werden können.

Aber auch hier sind noch Beschränkungen nötig. Stirbt von den in Deutschland befindlichen zwei Frauen die ältere, so würde die Ehe der jüngeren, sofern sie faktisch noch besteht, die jüngere Frau sich also nicht etwa anderweit verheiratet hat, nunmehr als giltig zu betrachten sein. Wollte man anders entscheiden, so müfste man nach dem Tode der ersten Frau nicht blofs der zweiten, sondern auch dem Mann selbst die Schliefsung einer neuen Ehe in Deutschland gestatten; mir scheint aber die öffentliche Moral mehr verletzt zu werden, wenn man dem nach türkischem Gesetz giltig verheirateten Mann die Schliefsung einer Ehe in Deutschland gestattet, als wenn man sie ihm versagt.

In entsprechender Weise steht es, wenn in irgend einem Rechtsstreit über das Bestehen oder Nichtbestehen eines Sklaverei-Verhältnisses zu urteilen ist — sofern das praktisch überhaupt noch vorkommen kann. Es würde unzweckmäfsig und ungerecht sein, das Dasein der Sklaverei in einem anderen Lande in unserer Rechtsprechung einfach zu ignorieren. Kommt in irgend einer Hinsicht, insbesondere bei einem vermögensrechtlichen Anspruch in Frage, ob eine bestimmte Person Sklave eines Anderen zu einer Zeit gewesen sei, da beide Personen als Ausländer in dem ausländischen Staat, der die Sklaverei gutheifst, sich befanden, so ist die Sklaverei als vorhanden gewesen anzuerkennen. Von dem Augenblicke ab jedoch, da der Sklave deutschen Boden betritt, und für die Zeit, da er in Deutschland weilt, mufs er als frei gelten [160]: denn von jetzt ab würde die faktische Ausprägung des Sklaverei-Verhältnisses auf deutschem Boden geschehen, also deutsche Interessen berühren. Er gilt mithin von jetzt ab als vermögensfähig, eine Verletzung durch den Herren wäre widerrechtlich u. s. w. Man darf jenen ersten einschränkenden Satz nur nicht zu falschen Konsequenzen entwickeln. Beispielsweise wäre eine Klage aus einem Sklavenhandel, selbst wenn der Sklave nie in Deutschland gewesen wäre, unzulässig: der mafsgebende Gesichtspunkt wäre aber hier ein anderer, nämlich der, dafs wir keine Klage aus einem unsittlichen Geschäft bei uns zulassen.

[160] Vgl. das von Jettel, Handbuch S. 9 angeführte österreichische Hofdekret vom 19/8. 1826 „jeder Sklave wird in dem Augenblicke frei, als er das k. k. Gebiet oder ein k. k. Schiff betritt"; ebenso schon französisches Dekret vom 28/9. 1791 (bei v. Bar I S. 406 [1]) und später das Preufsische Gesetz von 9/3. 1857 § 1.

γ. Auch wo die Thätigkeit des Gerichts oder einer anderen Behörde nicht bloſse Streit*entscheidung* ist, also nicht bloſs feststellt, ob der geltend gemachte Anspruch bestehe, und auf Leistung verurteilt, sondern wo es sich um Urteile von konstitutiver Wirkung, wie wir sie schon oben S. 210 kennen lernten, oder um behördliche Akte handelt, welche der freiwilligen Gerichtsbarkeit angehören und selbst eine rechtschaffende Kraft haben, kommt die Anwendung fremden Rechts nach internationalprivatrechtlichen Regeln oft in Frage. Im allgemeinen gilt nun der Grundsatz, daſs unsre Gerichte und sonstigen Behörden, soweit sie überhaupt nach unsrem öffentlichen Recht zuständig sind, ihre Funktionen ausüben ohne Unterschied, ob ein Inländer oder ein Ausländer beteiligt ist, ohne Unterschied also, ob sie dabei in die Lage kommen werden, materiell das eigne oder ein fremdes Recht anwenden zu müssen. Dieser Satz wird auch, soweit die rein entscheidende Thätigkeit des Richters in Frage steht, fast ausnahmslos durchgeführt: man darf es wohl als völkerrechtlichen Grundsatz aussprechen, daſs der Staat bezüglich der Anordnung der Gerichtsstände für gewöhnliche Streitentscheidungen im wesentlichen zwischen Ausländern und Inländern keinen Unterschied machen darf. Anders aber in jenen Fällen konstitutiver Thätigkeit. In letzter Linie ist es doch immer unser Staat allein, der hier frei festzusetzen hat, ob und wie weit unsre Behörden thätig werden sollen. Und da können nun Gründe vorliegen, die behördliche Mitwirkung gegenüber Ausländern überhaupt zu weigern, so nimmt z. B. nach Art. 23 des EG. das deutsche Gericht eine Vormundschaftsordnung bei Ausländern nur dann vor, wenn der Heimatstaat die Fürsorge nicht übernimmt. In anderen Fällen wird bei der Frage, ob die deutsche Behörde überhaupt thätig werden soll, zwischen Ausländern und Inländern der Hauptsache nach kein Unterschied gemacht, so für die behördliche Mitwirkung bei Entmündigungen, Eheschlieſsungen, Ehescheidungen u. s. w. Indes hier kann nun die Mitwirkung der deutschen Behörde, wenn sie bei ihrer mitwirkenden Thätigkeit fremdes Recht anzuwenden haben würde, daran gebunden werden, daſs das fremde Recht gewissen inhaltlichen Erfordernissen entspreche.

Damit haben wir eine neue eigenartige Anwendung der Vorbehaltsklausel. Und zwar müssen die hierher gehörigen Fälle besonders gestellt werden, weil die Kritik, die an den fremden Rechtssätzen geübt wird, hier schärfer sein darf als bei der gewöhnlichen Streitentscheidung. Das gemeinsame Charakteristikum aller dieser Fälle besteht darin, daſs sie sämtlich zunächst Fälle der Weigerung

behördlicher Thätigkeit sind; insofern sie das sind, liegt hier genau genommen eine Ausnahme von international privatrechtlichen Sätzen nicht vor, sondern höchstens eine Ausnahme von den Sätzen über die behördliche Mitthätigkeit bei Rechtsakten von internationalprivatrechtlicher Färbung, also im letzten Sinne von verwaltungsrechtlichen Sätzen. Die Behörde findet es ihrer Würde nicht entsprechend, zu der Schaffung einer Rechtswirkung mitzuhelfen, die sie als verwerflich ansieht, wenn schon diese Verwerfung nicht so stark sein mag, dafs auch die nach ausländischem Recht bereits eingetretne Wirkung wegen Unsittlichkeit bei uns für nichtig erachtet würde. Die Behörde wendet dann nicht das fremde Recht unter Ignorierung oder Korrektur des einzelnen unsittlichen Rechtssatzes an, sondern sie wendet überhaupt kein Recht an, sie weigert ihre Mitwirkung.

Dieser Charakter der blofsen Weigerung der Thätigkeit tritt ganz rein z. B. bei der Eheschliefsung hervor. Die materiellen Erfordernisse der Eheschliefsung richten sich nach dem Personalstatut der Verlobten (so auch deutsches EG. Art. 13 Abs. 1). Wollen nun Ausländer eine Ehe in Deutschland schliefsen, so wird der Standesbeamte die Erfordernisse, von deren Vorhandensein seine Mitwirkung abhängt, im allgemeinen zwar nach dem ausländischen Recht bemessen; indes wird man ihn doch nicht für verpflichtet erachten dürfen, bei einer Eheschliefsung mitzuwirken, die unseren Anschauungen nach unsittlich sein würde, mag die Unsittlichkeit auch nicht so stark sein, dafs der gleichen Ehe, unter den gleichen Voraussetzungen im Ausland geschlossen, bei uns die Anerkennung versagt werden würde oder ihretwegen mit Erfolg in Deutschland die Nichtigkeits- oder Anfechtungsklage erhoben werden könnte.

Etwas ähnliches läfst sich bei der Vormundschaftsanordnung über einen Ausländer wenigstens konstruieren. Wenn ein Ausländer nach den Gesetzen seines Heimatstaats „der Fürsorge bedarf“, so würde unser Staat doch die Vormundschaft nicht anordnen, wenn nach unseren Anschauungen die Stellung unter Vormundschaft in dem gegebnen Fall einen verwerflichen Eingriff in die persönliche Freiheit bedeuten würde; man denke den Fall so, dafs nach ausländischem Recht die Altersgrenze etwa in einer allzustarken Weise hinaufgerückt wäre.

Ein wenig anders steht es bei den konstitutiven richterlichen Akten, die auf Grund eines prozessualen Verfahrens erfolgen. Hier ist insbesondere die Ehescheidung in Betracht zu ziehen. Unser Staat kann völkerrechtlich nicht für verpflichtet erachtet werden,

bei der Scheidung einer unter ausländischem Recht stehenden Ehe mitzuwirken; ist nach unsrer Rechtsordnung unser Gericht doch zuständig, so kann immerhin der Richter die nach fremdem Recht begründete Scheidung dann ablehnen, wenn die Scheidung der Ehe aus solchem Grunde den im deutschen Gesetz niedergelegten ethischen Anschauungen widerspricht. Man kann von ihm eine Handlung, durch welche eine derartige, in das sittliche Gemeinleben tiefst eingreifende Wirkung hervorgebracht wird, dann nicht verlangen, wenn diese Wirkung nach der in unserem Recht ausgeprägten Anschauung schädlich ist. Insoweit rechtfertigt sich der Satz, dafs der Richter die Ehe nur zu scheiden habe, wenn ein auch nach der lex fori genügender Ehescheidungsgrund vorliegt[161]. Der zu Grunde liegende Gedanke ist zunächst auch hier der der Verweigerung konstitutiver Thätigkeit. Mag der Ausländer die Scheidung der Ehe vor einem Gericht seiner Heimat betreiben: unser Recht hindert ihn daran nicht, es erkennt auch das Scheidungsurteil, das im Ausland erfolgt ist, durchaus an, selbst wenn es auf einen von uns für ungenügend gehaltenen Grund gestützt ist, aber es will nicht selbst hierbei mithelfen.

Würde diese Auffassung folgerecht durchgeführt, so würde der Richter den Kläger nur in derselben Art abzuweisen haben, wie er es beispielsweise bei Unzuständigkeit des Gerichts thut. In Deutschland hingegen spricht er ein materielles Urteil, die Abweisung des Klägers bedeutet hier die Entscheidung, dafs ein Scheidungsanspruch des Klägers nicht vorliege; sie steht damit der Abweisung eines gewöhnlichen Leistungsanspruchs wegen Unsittlichkeit des Anspruchs gleich: auch bei dieser geschieht ja mehr, als dafs der Richter seine Thätigkeit, durch welche der Anspruch vollstreckungsreif gemacht werden soll, blofs weigert und diese Weigerung eben durch die Abweisung der Klage ausdrückt. Dies hat seine Erheblichkeit auf dem Felde der etwaigen Rechtskraft des Urteils im Ausland, was hier nur angedeutet, nicht ausgeführt werden soll.

In die gleiche Gruppe von Fällen würde es gehören, wenn unser Gericht etwa eine Anfechtungsklage wegen Unsittlichkeit des Anfechtungsrechts abwiese.

3. Vorbehalt wegen Verstofses gegen inländisches Recht.

Es bleibt übrig die Fälle zu betrachten, wo das Urteil über die Unanwendbarkeit des fremden Rechts, das nach den eignen

[161] Vgl. EG. Art. 17 Abs. 4.

inländischen Kollisionsnormen an sich anwendbar wäre, aus einer Vergleichung mit dem eignen Recht hervorgeht. Wir bedienen uns hier des von dem deutschen Gesetz (EG. Art. 30) gebrauchten Ausdrucks: „Verstofs“ gegen das eigne Recht. Wiederum genügt nicht die blofse Thatsache der Abweichung des fremden Rechts seinem Inhalt nach, es mufs auch hier hinzukommen, dafs gerade die Anwendung des fremden Rechts im konkreten Fall gegen das eigne Recht verstofsen würde. Mit diesen Fällen sind, wie früher S. 329 angekündigt, die zusammen zu behandeln, in denen es sich nicht blofs um eine Nichtanwendung fremden Rechts, sondern darüber hinausgehend darum handelt, dafs das eigne Recht seinen positiven Bestimmungen nach unmittelbar angewendet werden soll. Mit besonderer Vorsicht ist freilich hierbei immer die Ausnahmenatur der Vorbehaltsklausel im Auge zu behalten: die Fälle gehören nicht hierher, in denen eine internationalrechtliche Regel selbst schon diese bestimmte Rechtsfrage, mag sie auch noch so beschränkt sein, nach der lex fori zu beurteilen gebietet, das Gepräge des einzelnen Falls aber unerheblich bleiben läfst.

Die Hauptfrage ist auch hier, ob es möglich ist, eine inhaltliche Eigentümlichkeit, ein Inhaltsmerkmal zu bezeichnen, das allen Sätzen des einheimischen Privatrechts gemeinsam ist, welche unter Durchbrechung der sonstigen Regeln die Kraft haben sollen, die Anwendung fremden Rechts auszuschliefsen oder gar darüber hinausgehend selbst positiv anwendbar zu sein. Die Versuche nun, einheitlich ein derartiges Merkmal aufzustellen, sind bisher nicht geglückt und können, wie wir glauben, niemals glücken. Kein solcher Versuch ist es, wenn man sagt, dafs alle ‘zwingenden’ oder ‘absoluten’ Rechtssätze jene Kraft haben sollen. Denn diese Behauptung kann nicht etwa alle die Rechtssätze treffen wollen, die in Bezug auf den Parteiwillen ‘zwingend’ sind, sodafs den Gegensatz das positive Recht bildete — in diesem Sinn genommen wäre sie zweifellos falsch[162]. Sie ist also entweder lediglich eine Tautologie: der Rechtssatz hat dann einen zwingenden oder absoluten Charakter — man kann diese Ausdrücke bequem verwenden —, wenn er eben die Anwendung abweichenden fremden Rechts ausschliefst; oder sie verweist überhaupt nicht auf ein allgemeines Merkmal sondern sagt, der Rechtssatz habe dann einen zwingenden

[162] S. u. a. auch RGEntsch. 30 S. 124 (der die Erteilung eines unwiderruflichen Mandats ausschliefsende Rechtssatz sei keine Norm mit internationalrechtlich exklusiver Wirkung).

Charakter, wenn er einen solchen haben wolle. Davon wird nachher die Rede sein.

Wohl wäre es möglich zu sagen, dafs die geschilderte zwingende Kraft allen den Bestimmungen unseres Rechts beiwohne, welche wir aus sittlichen Gründen als notwendige Bestandteile jeder Rechtsordnung ansehen. Indes im Allgemeinen wird man hier mit dem im Vorstehenden behandelten Satz auskommen, dafs unsittliches fremdes Recht unter gewissen Voraussetzungen unanwendbar sei: die Fälle, wo ein eigner positiver Rechtssatz anstatt des negativen fremden deshalb angewendet werden müfste, weil seine Anwendung eine sittliche Notwendigkeit wäre, sind, wenn sie überhaupt vorkommen, doch von verschwindender Bedeutung. Kaum je wird zu solcher positiven Anwendung unseres eignen Gesetzes ein genügender Grund vorliegen. Man nehme z. B. das Ehescheidungsrecht. Wohl kann ein Recht sagen: ich halte es für unsittlich die Ehe zu scheiden wegen anderer Gründe, als die ich billige; aber in dem Fortbestehen der Ehe wird es — obwohl hierin natürlich rein ethisch betrachtet eine tiefe Unsittlichkeit liegen kann — doch juristisch keine solche finden; es wird deshalb nicht notwendig die Ehe in allen Fällen, wo ein genügender Scheidungsgrund nach der lex fori vorliegt, für scheidbar erachten wollen.

Aus früher berührten Gründen können auch die Versuche nicht befriedigen, welche dem eignen Recht deshalb zwingende Kraft beilegen, weil es mit dem 'ordre public' zu thun habe — dies gehört hierher, sofern dabei nicht an die Rechtsordnung des öffentlichen Rechts (S. 331), sondern blofs an öffentliche Interessen gedacht ist —, oder weil es ein intérêt social u. dergl.[163] betreffe.

In dieser Verlegenheit haben Andre, Gesetzgeber wie Schriftsteller, versucht, das Problem casuistisch zu bezwingen[164]. Man darf sagen, dafs auf diese Weise viele wertvolle Einzelbeobachtungen gemacht, zugleich aber auch Willkürlichkeiten begangen sind; eine erschöpfende Antwort ist hierdurch jedenfalls nicht gewonnen.

[163] S. Gesetz des Congostaats: les lois qui ont en vue l'intérêt social (Neumann Nr. 62); Belgischer Entwurf: lois du royaume, qui consacrent ou garantissent un droit ou un intérêt social (Neumann Nr. 60); vgl. auch Laurents Entwurf: les lois relatives aux droits de la société (Neumann Nr. 59); freilich wird dieser Begriff dann sofort näher spezialisiert.

[164] S. die Beschlüsse der Haager Konferenz (bei Neumann Nr. 68) und Laurents Entwurf Art. 26 Ziffer 3 und 4 (ebenda Nr. 59). Dazu s. vor allem die eingehenden Erörterungen Laurents in seinem droit civil international VIII S. 155 ff.

Das deutsche Gesetz endlich verzichtet, dem Vorgange des Sächsischen folgend, auf jede generelle Regelung, und verweist auf die Auslegung des einzelnen Gesetzes und die Umstände des Einzelfalls. Das Sächsische BGB. § 19 verbietet die Anwendung ausländischer Gesetze, „wenn deren Anwendung durch inländische Gesetze nach der Vorschrift oder nach dem Zwecke derselben ausgeschlossen ist“ [165]. Dafs ein fremdes Gesetz nicht anzuwenden ist, wenn ein inländisches Gesetz das besonders vorschreibt, ist selbstverständlich und bedurfte keiner eignen Hervorhebung. Interesse hat in dieser Bestimmung nur die Verweisung auf den Zweck des Gesetzes. Sie ist in Wahrheit nichts andres als eine Verweisung auf die Auslegung des eignen Gesetzes, und zwar auf die Auslegung gerade rücksichtlich des internationalen Herrschaftsbereichs des Gesetzes: es soll ermittelt werden, wie weit das Gesetz internationalrechtlich gelten will. Freilich sind die Worte 'Auslegung' und 'Wille des Gesetzes' hier in eigentümlichem weitem Sinne genommen [166]. Es kommt nicht darauf an, ob die Verfasser des Rechtssatzes sich die Frage seines Anwendungsbereichs in internationalrechtlicher Beziehung wirklich vorgelegt haben: die ältere Theorie, welche den Willen des Gesetzes mit dem der Verfasser verwechselte, wird glücklicher Weise von Tag zu Tag mehr aufgegeben [167]. Die Auslegung braucht auch keinen Anhalt in den Worten gerade dieses Rechtssatzes selbst zu finden: sie geht über die blofse Auslegung des Textes erheblich hinaus. Der Jurist legt sich vielmehr die Frage vor: was würde, wenn wir als Verfasser des Gesetzes eine einzelne „Durchschnittsperson“ hypostasieren, dieser Gesetzgeber in Bezug auf die internationalrechtliche Anwendbarkeit dieses Rechtssatzes, den er geschaffen, bestimmt haben? Für die Antwort können sich in dem objektiven Recht selbst Anhaltspunkte finden; nicht selten wird man aber die Antwort nur noch aus der Erwägung der Umstände und Bestrebungen, unter denen und aus denen das Gesetz erwachsen ist, gewinnen können: ob diese Thätigkeit dann noch als Auslegung bezeichnet werden darf, mag als blofse Wortfrage dahingestellt bleiben.

[165] Ihm folgte Entwurf Mommsen, Entwurf Gebhard und Entwurf II (s. Neumann Nr. 63, 64, 66). S. aber auch das Argentinische Gesetzbuch Art. 14 Nr. 2 (1871): es erklärt die fremden Gesetze für nicht anwendbar, „cuando su aplicacion fuere incompatible con el espíritu de la legislacion de este Código“ (Niemeyer Nr. 23).

[166] Vgl. S. 3.

[167] S. z. B. RGEntsch. 33 S. 162.

Die Verweisung auf den Zweck des Gesetzes ist also in Wahrheit nicht Verweisung auf etwas über den Inhalt des Gesetzes hinausliegendes, sondern auf den zu erschliefsenden Inhalt des Gesetzes selbst; anders ausgedrückt: man soll zusehen, ob nicht in dem Rechtssatz selbst eine, direkt freilich nicht ausgesprochne, Kollisionsnorm versteckt sei. Die Anwendung eines fremden Rechtssatzes verstöfst mithin gegen den Zweck des inländischen Rechtssatzes dann, wenn jene „Auslegung“ des inländischen Rechtssatzes ergiebt, dafs er auch solche Verhältnisse, wie sie an sich dem fremden Recht unterstehen, beherrschen, ordnen, treffen „will“, dafs er also in Durchbrechung der allgemeinen Anwendungsnormen schlechthin angewendet sein will.

Dies Verfahren, auf die Auslegung des inländischen Rechtssatzes zu verweisen, um seine Anwendbarkeit zu ermitteln, ist sicher das einzig richtige. Denn in erster Linie hängt die Anwendung des Rechts innerhalb des Staats immer von dem Willen der eignen Rechtsordnung ab. Und zwar mufs die Auslegung sowohl ergeben, ob überhaupt das betreffende deutsche Gesetz je über seinen normalen Anwendungsbereich hinaus angewendet werden wolle, als auch wie beschaffen die Umstände des Falles sein müssen, damit von der normalen Anwendbarkeit des fremden Rechts eine Ausnahme gemacht werde. Dies werden natürlich auch alle diejenigen, welche einen Versuch abstrakter Bestimmung durch Angabe von Merkmalen gemacht haben, nicht leugnen wollen. Wohlwollend aufgefafst sind alle Versuche, den Kreis des immer anwendbaren eignen Rechts durch allgemeine Merkmale zu bestimmen, nichts als Versuche, aus dem Inhalt der einzelnen Rechtssätze heraus Anhaltspunkte für die Auslegung dieser Rechtssätze in Bezug auf ihre Anwendbarkeit zu gewinnen. In diesem Sinne sind alle jene oben besprochnen Versuche hier noch einmal zu berücksichtigen. Sie verfolgen an sich ein richtiges Ziel; denn dafs der Grund, warum das Gesetz unbedingt anwendbar sein will, wesentlich in dem Inhalt des Gesetzes liegen mufs, darf ohne weiteres angenommen werden. Insbesondere wird der Grund der sein, dafs bei diesen Fällen in näherer Weise als bei vielen anderen die öffentlichen Interessen beteiligt, dafs die Zusammenhänge zwischen der vom eignen Recht gewollten Ordnung dieser bestimmten Privatinteressen mit den öffentlichen Interessen intimere sind. Gerade aus dieser unleugbaren Thatsache erklärt sich der ewig wiederholte Versuch, das Charakterisierungsmerkmal der unbedingt anwendbaren Sätze in ihrer Inhaltsbeziehung zur öffentlichen Ordnung u. dergl. zu suchen.

Aber diese Beziehung ist noch zu unbestimmt, um eine brauchbare Auslegungsregel schaffen zu können. Es fragt sich, ob es möglich ist, mit irgend welchen Sätzen etwas näher zuzugreifen.

a. Eine besondere Rolle spielen die inländischen Verbotsgesetze (die 'Prohibitivgesetze' in diesem bestimmteren Sinn), welche gegen die Vornahme von Rechtsgeschäften gewisser Art gerichtet sind. Doch ist der Begriff des Verbotsgesetzes hier vorsichtig zu umgrenzen. Auf der einen Seite ist es für den Charakter eines Gesetzes als Verbotsgesetzes gleichgiltig, ob das Gesetz die Form eines Verbotes trägt: das Verbot kann seiner Form nach auch nur ein Thatbestandsmoment für eine rechtsgeschäftliche Wirkung aufstellen, also erklären, dafs das Rechtsgeschäft nichtig sei, falls dieses bestimmte Erfordernis nicht vorhanden oder dieser bestimmte hindernde Umstand vorhanden sei; nur genügt diese Nichtigkeitserklärung nicht — keineswegs jedes für nichtig erklärte Rechtsgeschäft ist in unserem Sinne auch ein verbotnes —, vielmehr mufs die Auslegung als die Absicht des Gesetzes ergeben, die Vornahme des Rechtsgeschäfts selbst möglichst zu verhindern[168]. Andrerseits scheiden wir — früheren Erörterungen (s. S. 344 fg.) gemäfs — diejenigen Verbote hier aus, welche die Wirkung des Rechtsgeschäfts nicht verneinen, sondern an seine Vornahme nur Nachteile anderer Art knüpfen[169]. Ist übrigens ein Verbot eines Rechtsgeschäfts bei Folge der Nichtigkeit und mit dem Zweck erlassen, die Vornahme des Rechtsgeschäfts möglichst zu hindern, so kommt nichts darauf an, ob die etwaige Mifsbilligung, aus der das Verbot hervorging, beide Parteien oder nur eine von ihnen trifft[170].

Jedes Verbot bezweckt die Bekämpfung der verbotnen Handlungen. Die Gesetzesauslegung — in dem erörterten Sinne — hat zu ermitteln, welchen Kreis von Rechtsgeschäften das Verbot treffen will. Dieser Kreis ist abgegrenzt einmal nach der inhaltlichen Art des Rechtsgeschäfts — hierüber giebt das Gesetz unmittelbar Auskunft —; eine freilich verwickeltere Auslegungsthätigkeit wird aber auch feststellen können, welche staatlichen (personalen oder territorialen) Beziehungen das Rechtsgeschäft haben mufs, um unter das Verbot zu fallen. Das Verbot geht möglicherweise nur auf solche

[168] S. hierüber F. Endemann, Über die civilrechtliche Wirkung der Verbotsgesetze S. 75, 82 ff.

[169] Über solche Verbote s. besonders Endemann a. a. O. S. 107 ff. und vorher.

[170] Von solchen Fällen sprechen die Motive zum Entwurf I S. 210.

Rechtsgeschäfte, die ihrer Wirkung nach gemäfs allgemeinen internationalrechtlichen Grundsätzen in den Herrschaftsbereich unsrer Rechtsordnung fallen, oder, um mit den Worten des EG. Art. 11 zu reden, deren Gegenstand ein Rechtsverhältnis bildet, für das unsre Gesetze mafsgebend sind. So hat z. B. das Reichsgericht[171] erkannt, dafs das gemeine Recht durch die lex Anastasiana lediglich den Handel mit solchen Forderungen verbieten wolle, welche der Herrschaft des gemeinen Rechts unterliegen. Vielleicht ist das Verbot aber auch teils enger, teils weiter gemeint: es will die Rechtsgeschäfte dieser Art treffen, die örtlich im Inland, sei es von Inländern oder Ausländern, vorgenommen werden; oder es läfst den Errichtungsort gleichgiltig sein und stellt auf die Beziehung der Parteien zum Inland ab: es verbietet, dafs dieses Rechtsgeschäft sei es im Inland sei es im Ausland von einem Inländer vorgenommen werde — dies hat z. B. das Reichsgericht[172] bei Beurteilung des Kaufs von Losen zu in Preufsen verbotnen Lotterien angenommen —, oder es setzt dem Inländer in dieser Beziehung auch den im Inland wohnenden Ausländer gleich — diese Begrenzung hat z. B. das Reichsgericht[173] für das im Badischen Landrecht Satz 1443 enthaltene Verbot der aufsergerichtlichen Vermögensabsonderung zwischen Eheleuten bejaht. Auch noch wieder andre Begrenzungen sind denkbar, so kann z. B. das Verbot die Rechtsgeschäfte dieser Art nur insoweit treffen wollen, als die Erfüllungshandlung im Inland geschehen soll. Endlich kann dem Verbot auch eine ganz allgemeine Mifsbilligung des betreffenden Rechtsgeschäfts zu Grunde liegen, sodafs auf die „staatlichen Beziehungen" des Rechtsgeschäfts nach Gegenstand, Errichtungsort und Parteien nichts ankommt. In dieser Weise ist z. B. das Verbot des Sklavenhandels, des Differenzgeschäfts u. a.[174] aufzufassen.

Dies ist die Unterscheidung der Verbote je nach ihrem „Zweck": in ihr liegt die Schwierigkeit; hier bleibt für die Beurteilung durch den Richter im Einzelfall ein weiter, durch abstrakte Erwägungen nicht ausfüllbarer Freiraum übrig. Ist diese Auslegung einmal gemacht, so ergiebt sich für die internationalrechtliche Anwendung des Verbotsgesetzes folgendes.

[171] Entsch. 14 S. 239.

[172] Entsch. 5 S. 129; vgl. auch 17 S. 304 fg.

[173] Entsch. 12 S. 311.

[174] S. Entsch. des ROHG. 14 S. 273 (und ebenso neuestens Entsch. des RG. 37 S. 269) betr. das Differenzgeschäft; ferner Seufferts Archiv 8 Nr. 1 (Zinsverbot), 19 Nr. 107 (Verbot der pfandrechtlichen lex commissoria).

Liegt dem Verbot eine Mifsbilligung des Rechtsgeschäfts als solchen und ohne Rücksicht auf den Ort seiner Vornahme zu Grunde, so ist das verbotne Rechtsgeschäft in jeder Beziehung gleich einem unsittlichen juristisch zu behandeln. Insbesondere kann daher auch ein Anspruch auf die verbotne oder als unerzwingbar angesehene Leistung vor unserem Gericht nicht geltend gemacht werden, gleichgiltig ob der Anspruch schon seinem unmittelbaren Inhalt oder ob er nur seinem Grunde nach rechtlich gemifsbilligt ist; diese beiden Fälle stehen sich ihrer internationalprivatrechtlichen Behandlung nach völlig gleich. International p r o z e f s rechtlich tritt auch hier wieder der oben S. 352 fg. besprochene Gegensatz hervor: ist die Leistung ihrem unmittelbaren Inhalt nach verboten oder unerzwingbar, so ist auch die Vollstreckung eines auf eine solche Leistung gehenden ausländischen Urteils bei uns nach § 661 Nr. 2 der CPO. ausgeschlossen, die Versagung der eignen Verurteilung auf Grund des Anspruchs und die Versagung der Vollstreckung aus fremdem Urteil gehen bei dieser Gruppe von Fällen völlig Hand in Hand. Ist hingegen der Anspruch nur seinem Grunde nach von unserer Rechtsordnung gemifsbilligt, so wird zwar die Verurteilung bei uns auch versagt, ein fremdes Urteil aber doch vollstreckt.

Analog dem, was bei unsittlichen Geschäften gesagt ist, würde auch dann zu entscheiden sein, wenn die Frage nach der Giltigkeit des verbotnen Geschäfts als Präjudizialfrage auftritt (s. oben S. 355, 360). Beispielsweise würde der deutsche Richter die Klage aus einem wucherlichen Geschäft zwar abweisen müssen, auch wenn das Geschäft im Ausland zwischen Ausländern eingegangen wäre; zur Rückleistung der schon geleisteten Vermögensvorteile aber dürfte der ausländische Gläubiger vom deutschen Richter — immer vorausgesetzt, dafs das Geschäft nach ausländischem Recht giltig wäre — nicht verurteilt werden, eine derartige besondere Verpflichtung ihm aufzuerlegen hat nur sein Personalstatut die Macht: dem Inländer kann also das deutsche Gesetz jene Verpflichtung auferlegen, mag er das Geschäft auch im Auslande mit einem Ausländer geschlossen haben, dem Ausländer aber nicht. Anders ist freilich zu entscheiden, wenn das Geschäft seitens des Ausländers im Inland geschlossen ist, dann trifft auch den Ausländer die Rückgabeverpflichtung, aber nicht unter dem Einflufs der 'Vorbehaltsklausel', sondern aus einem anderen hier zwischenwirkenden internationalrechtlichen Grundsatz: jene Rückgabepflicht dient, mag sie auch technisch nicht als Schadensersatzpflicht ausgestaltet sein, doch der vermögensrechtlichen Wieder-

ausgleichung der durch die verbotne Handlung eingetretnen thatsächlichen Lage, und steht deshalb unter dem Recht des Orts des begangnen Delikts.

Trifft hingegen die dem Verbot zu Grunde liegende Mifsbilligung das Rechtsgeschäft nicht als solches und schlechthin sondern nur in engerer Begrenzung, so sind derartige Rechtsgeschäfte eben auch nur, wenn sie in diesen engeren Kreis gehören, den unsittlichen gleich zu behandeln, im übrigen stehen sie unter den normalen internationalprivatrechtlichen Regeln. Wenn insbesondere das Rechtsgeschäft nur insoweit verboten ist, wie seine Erfüllung im Inland geschehen würde, so ist zu unterscheiden. Wird bei uns aus einem derartigen Rechtsgeschäft auf Erfüllung schlechthin geklagt, so ist der Anspruch gleich einem überhaupt gemifsbilligten zu behandeln: unser Gericht kann nicht zu einer Leistung schlechthin verurteilen, wenn es die Vornahme dieser Leistung auch nur in Deutschland selbst mifsbilligt. Bestünde der Anspruch hingegen blofs auf die Leistung als eine im Ausland vorzunehmende, so würde kein Grund vorliegen, eine Verurteilung auf Vornahme der Leistung im Ausland zu versagen; von der Vollstreckung eines ausländischen Urteils würde in diesem Fall wohl schon aus faktischen Gründen bei uns keine Rede sein können.

Analog würde zu unterscheiden sein, wenn die Frage als Präjudizialfrage auftritt.

b. Es giebt auch Verbotsgesetze, die sich nicht gegen Handlungen der Parteien richten, sondern die dem Richter oder der Behörde eine gewisse Art amtlicher Thätigkeit in Civilrechtssachen, obwohl sie an sich im Bereich ihres Amts läge, aus materiellen Gründen untersagen. Gerade so wie wir oben (S. 366 ff.) fanden, dafs der Richter oder sonstige Beamte eine gewisse ihm an sich obliegende konstitutive Thätigkeit weigert, weil er damit unsittliche Lebensverhältnisse fördern würde, so weigert er sie hier infolge besonderen Verbots seines eignen Rechts. Um Beispiele zu haben, braucht man nur an die früher erörterten Fälle zu denken, dafs der Beamte bei einer Eheschliefsung oder Ehescheidung, obwohl alle Voraussetzungen des an sich mafsgebenden fremden Rechts erfüllt sind, nicht mitwirken zu wollen erklärt: den Grund zu dieser Weigerung kann er aus dem Inhalt seines eignen Rechts, insbesondere aus einem Verbot seines Rechts, in einem solchen Falle mitzuwirken, entnehmen.

An dieser Stelle wird man vielleicht am passendsten den bekannten Satz des französischen Rechts „la recherche de la paternité

est interdite“ (Code civil Art. 340) erwähnen. Aus welchen Motiven und zu welchen Zwecken dieser Satz einst geschaffen ist, bleibt hier gleichgiltig: seine jetzige materiellrechtliche Begrenzung ist doch wohl die, dafs er dem Richter eine bestimmte Thätigkeit, die vorzunehmen an sich in seiner Amtsbefugnis läge, vorzunehmen verbietet, und zwar eine Thätigkeit, die freilich nicht konstitutiv neue Rechtswirkungen zu schaffen bezwecken, aber doch civilrechtlich grofse Wirkung haben würde. Keineswegs mifsbilligt es das französische Recht, wenn der Vater sich freiwillig zu dem unehelichen Kinde bekennt, wenn er freiwillig der Mutter Deflorationsgelder, Entbindungskosten, Alimente zahlt; ist die freiwillige Anerkennung giltig erfolgt, so wird sie auch als zu Recht bestehend vom Gericht behandelt, ebenso wie ein Versprechen zur Zahlung von Alimenten u. s. w., soweit die sonstigen Voraussetzungen der Giltigkeit eines Versprechens überhaupt vorliegen, klagbar ist. Nur das will das französische Recht nicht, dafs vor dem Gericht über die Thatsache der aufserehelichen Vaterschaft verhandelt werde. Daraus folgt weiter: ist durch ein ausländisches zuständiges Gericht auf die Paternitätsklage hin die Vaterschaft festgestellt, so gilt diese Feststellung, soweit fremde Urteile überhaupt anerkannt werden, auch für das französische Rechtsgebiet; ebenso ist auch ein fremdes Urteil auf Zahlung von Alimenten u. s. w. im französischen Rechtsgebiet soweit vollstreckbar, wie überhaupt fremde Urteile vollstreckbar sind; denn durch jene Anerkennung und diese Vollstreckung wird ja das Gericht in keine recherche de la paternité verwickelt. Das Verbot dieser recherche bewirkt aber, dafs das französischrechtliche Gericht die Paternitätsklage und die Klage auf Alimente u. s. w. selbst dann abweist, wenn nach den für das französische Gericht selbst geltenden Anwendungsnormen an sich ein fremdes Recht mafsgebend ist, demzufolge die Paternitäts- und die Alimentenklage begründet wäre: darin liegt die Ähnlichkeit mit den oben berichteten Fällen. Sachgemäfser und gerechter wäre es freilich, wenn auch hier — entsprechend dem, was oben bei der Scheidungsklage gesagt war — der Richter die Klage, für die an sich das fremde Recht mafsgebend wäre, nicht sachlich abzuweisen brauchte, sondern die Entscheidung blofs abzulehnen das Recht hätte. Wegen der etwaigen Bedeutung des rechtskräftigen Urteils für fremde Gerichte wäre das natürlich von praktischer Wichtigkeit.

c. Auch bei sonstigen Rechtssätzen des eignen Rechts, bei solchen also, die nicht Verbote sind, mögen sie im übrigen welchen Inhalt immer haben, mögen sie bejahend oder verneinend sein, also

an einen bestimmten Thatbestand eine bestimmte Folge anknüpfen oder sie bei diesem Thatbestand verneinen, kann die Auslegung zu dem Ergebnis führen, dafs jeder gegen sie verstofsende fremde Rechtssatz unanwendbar sein solle, dafs sie selbst vielmehr zwingende Anwendbarkeit zu finden haben [175]. Indes das ist eben doch nur im Einzelfall möglich, und es wäre, wenn es wirklich ist, eine Ausnahme. Es ist nur im Einzelfall möglich: man mufs meines Erachtens hier die Versuche aufgeben, irgend welche principiellen Gesichtspunkte, die jene „zwingende Kraft“ des eignen Rechts seines Inhalts halber rechtfertigten, aufzufinden; man gelangt hier zu einem rein negativen Ergebnis. Und es wäre, wenn es wirklich ist, eine Ausnahme: bis zur Evidenz des Gegenteils mufs an den sonstigen Kollisionsnormen festgehalten werden. Die Warnung ist berechtigt, nicht gar zu unbedenklich aus „Sinn und Geist“ der inländischen Bestimmung ihre unbedingte Anwendbarkeit ableiten zu wollen. Von den Verirrungen einer früheren Theorie, welche im Zweifel immer die lex fori anwenden wollte, ist man glücklicherweise fast völlig zurückgekommen, aber immer noch wirkt der alte Irrtum in praktischen Entscheidungen unheilvoll nach — wenn nicht bewufst, so doch dadurch, dafs man bei der Auslegung eines Gesetzes sehr leichtherzig den Willen absolut zu gelten annimmt. Im Gegensatz dazu mufs festgehalten werden, dafs es sich bei solcher unbedingten Anwendbarkeit des eignen Rechtssatzes, wie gesagt, doch immer um eine Ausnahme handelt, die, weil sie Ausnahme ist, nicht vermutet werden darf.

4. Vorbehalt wegen Verstofses gegen das Völkerrecht.

Endlich giebt es, wie ich glaube, noch einen dritten Gesichtspunkt, der es rechtfertigt, die Anwendung des an sich anwendbaren fremden Privatrechts ausnahmsweise zu versagen: es ist der, dafs das fremde Privatrecht den Anforderungen des Völkerrechts nicht entspricht. Der Hauptfall würde hier der sein, dafs das fremde Recht die Fremden in einer den völkerrechtlichen Anforderungen zuwiderlaufenden Weise privatrechtlich hinter die Einheimischen zurückstellte [176]; und dem würde es gleichzuachten sein,

[175] S. RGEntsch. 19 S. 12, 21 S. 141, 29 S. 91fg.

[176] Zu weit Entwurf Mommsen § 19 (Neumann Nr. 63): „Ingleichen ist die Anwendung des ausländischen Rechts ausgeschlossen, wenn dieselbe dahin führen würde, den Ausländern ein Vorrecht vor den Inländern zu ge-

wenn etwa die Christen hinter die Bekenner eines anderen Glaubens zurückgesetzt wären — sofern ein solcher Fall in einem Kulturstaat möglich ist [177]. Derartige fremde Bestimmungen müssen unanwendbar sein, nicht weil sie unsittlich sind — ob die Anwendung des fremden Rechtssatzes zu einem uns berührenden unsittlichen Ergebnis führt oder nicht, bleibt gleichgiltig —, auch nicht weil sie ungerecht sind, obwohl in der Zurückstellung allerdings immer eine Ungerechtigkeit liegt; den Grund der Unanwendbarkeit bildet vielmehr ausschliefslich dies, dafs jene Ungerechtigkeit zugleich eine Völkerrechtswidrigkeit ist [178]. Und zwar mufs die Nichtanwendbarkeit hier viel weiter gehen als in den Fällen der Unsittlichkeit; der richtige Ausdruck wäre wohl der, wenn man sagt: wir betrachten die Bestimmung des fremden Rechts als überhaupt nicht vorhanden oder denken sie vielmehr so geändert, dafs die Fremden mit den Einheimischen, die Christen untereinander und mit den Nichtchristen die gleichen Rechte geniefsen.

Wie weit die privatrechtliche Zurückstellung der Fremden hinter die Einheimischen und der Christen hinter die Bekenner einer anderen Religion gehen mufs, um gegen das Völkerrecht zu verstofsen, ist hier nicht zu untersuchen; dafs wir aber, sobald wir einen solchen Verstofs als vorhanden anerkennen, das fremde Recht nicht anzuwenden brauchen, dieser Satz rechtfertigt sich wohl durch sich selbst, er gilt darum, selbst wenn er in der Vorbehaltsklausel nicht besonders ausgesprochen ist. Ich würde ihn deshalb auch, obwohl

währen“. Entwurf Gebhard, Referentenentwurf und Entwurf I hatten eine solche Bestimmung nicht, wie sie auch im Entwurf III und im Gesetz fehlt, wohl aber stand sie, zweckmäfsig beschränkt, im Entwurf II: „wenn das ausländische Gesetz die Rechte der Fremden in unbilliger Weise beeinträchtigt“. Gehört hierher auch die oben S. 336 N. 143 a. E. angeführte Bestimmung des Argentinischen Rechts gegen Gesetze mit blofsem Privilegiencharakter?

[177] Vgl. Argentinien (bei Niemeyer Nr. 23): Unanwendbarkeit fremder Gesetze, wenn ihre Anwendung widerspricht á la tolerancia de cultos.

[178] Dies ist der richtige Kern der Ansicht, welche fremde Gesetze wegen Verstofses gegen die Gerechtigkeit für unanwendbar hält, s. oben S. 335. Charakteristisch hierfür ist die dort schon erwähnte Äufserung des Reichsgerichts, Entsch. 9 S. 9 fg., von „beachtenswerten Seiten“ werde „die Ansicht vertreten, dafs der einheimische Richter zu Gunsten des einheimischen Gläubigers denjenigen Schuldbefreiungsgründen des ausländischen Gesetzes die Wirkung zu versagen habe, welche nicht mit allgemeinen Gerechtigkeitsgrundsätzen im Einklange stehen und insbesondere lediglich zum Schutze eines Sonderinteresses des ausländischen Staates oder seiner Angehörigen, namentlich in Richtung gegen die einheimischen Gläubiger, eingeführt wird.“

das EG. Art. 30 ihn nicht enthält, als Satz des deutschen Internationalprivatrechts ansehen.

Aber ich glaube man darf hier weiter gehen. Auch in anderer Beziehung kann das fremde Recht völkerrechtlichen Anforderungen widersprechen. Insbesondere ist denkbar, dafs es seine materiellrechtlichen Bestimmungen nicht so gestaltet hat, wie sie zu gestalten es durch einen völkerrechtlichen Vertrag verpflichtet war. Dafs es völkerrechtliche Verträge über materielles Recht genug giebt, ist ja bekannt. Man wird in solchem Fall dem anderen völkerrechtlichen Vertragsteil nicht zumuten können, das fremde Recht so wie es wirklich lautet anzuwenden: er wird vielmehr positiv — das ist wohl eine genaue Formulierung — den völkerrechtlich erforderten Satz als Bestandteil der fremden Rechtsordnung ansehen dürfen, obgleich er das nicht ist, und ihn also als fremdes Recht anstatt des vorhandenen anwenden.

II. Kollisionsnormen in Bezug auf das Personalstatut.

Die zweite Gruppe von Kollisionsnormen, die ihrer allgemeinen Bedeutung halber hier einer kurzen Erörterung bedürfen, betrifft die Bestimmung des Personalstatuts: in einer Reihe von Staaten gilt die Anwendungsnorm, dafs die Rechtsordnung nicht des Heimatstaats, sondern des Wohnsitzstaats Personalstatut sei. Aus der allgemeinen völkerrechtlichen Grundlage ging uns hervor, dafs als Personalstatut das Recht des Heimatstaats (im Sinn des Staatsangehörigkeitsstaats) zu gelten habe: jede Rechtsordnung, welche statt dessen das Recht des Wohnsitzstaats mafsgebend sein läfst, enthält eine ‘abweichende Kollisionsnorm’ in unserem Sinne.

1. Fragt man zuerst, wie weit derartige Kollisionsnormen wirklich existieren, so läfst sich die Antwort nicht ohne weiteres geben. Es scheint mir für die Antwort zunächst notwendig, den Begriff, der mit dem Worte Personalstatut bezeichnet wird, möglichst scharf herauszustellen; der Begriff ist keineswegs einheitlich, vielmehr läfst sich in der Litteratur deutlich beobachten, dafs das Wort in doppelter Bedeutung gebraucht wird.

Vielfach wird, namentlich bei älteren Schriftstellern, das Wort Personalstatut (oder dafür auch „persönliches Recht“) in einem materiellen Sinne gebraucht: man nennt so alle diejenigen Rechtssätze, welche sich auf einen bestimmten Ausschnitt materiellrechtlicher Fragen beziehen, auf die Fragen nämlich, die, allgemein zu

reden, mit der Person und ihren Verhältnissen in näherem Zusammenhange stehen[179]. Wenn in der Statutentheorie der Unterschied der Personal-, Real- und gemischten Statuten erörtert wird, so ist Personalstatut zunächst in diesem materiellen Sinne genommen. Man stellte sich nämlich auf den Standpunkt einer einzelnen Rechtsordnung und teilte nunmehr deren sämtliche Rechtssätze je nach der Art der Verhältnisse, auf die sie sich regelnd beziehen, ein: Personalstatut (hier wird auch pluralisch von 'Personalstatuten' geredet) ist also derjenige Teil einer bestimmten Rechtsordnung, der sich auf die Person (in näher zu bestimmendem Sinne) bezieht. Jede Rechtsordnung enthält in diesem Sinne Personalstatuten. Damit ist denn zugleich auch abstrakt genommen der sachliche Anwendungsbereich des Personalstatuts gegeben; denn abstrakt anwendbar ist ein Rechtssatz eben auf die Verhältnisse, auf die er sich bezieht und die er darum selbst abstrakt bezeichnet. Man kann deshalb auch ebensogut und mit voller Richtigkeit dahin definieren: Personalstatut in diesem materiellen Sinne ist derjenige Teil einer beliebigen gegebnen Rechtsordnung, der für die Person und ihre persönlichen Verhältnisse mafsgebend ist. Das Personalstatut wird hier also definiert nach der Art der Rechtsverhältnisse, für die es anwendbar, mafsgebend ist. Ungelöst bleibt damit aber die Frage nach dem konkreten Anwendungsbereich dieser Personalstatuten; geht man vielmehr von jenem Begriff der Personalstatuten aus, so mufs man notwendig weiter fragen: auf welchen konkreten Personenkreis sind diese die Person betreffenden Rechtssätze dieser bestimmten Rechtsordnung anwendbar? (oder umgekehrt von dem Standpunkte einer einzelnen gegebnen Person aus: welche Rechtsordnung ist für die Entscheidung der die persönlichen Rechtsverhältnisse dieser Person betreffenden Fragen mafsgebend?) Die Antwort ergab sich in früherer Zeit, wo zwischen Staatsangehörigkeit und Wohnsitz nicht genauer unterschieden wurde, einfach dahin: der das Personalstatut bildende Teil einer bestimmten Rechtsordnung ist anwendbar auf alle diesem Staat dauernd unterworfnen Personen, auch wenn sie im Ausland weilen. Da heute aber Wohnsitz und Staatsangehörigkeit streng unterschieden werden, ist jene Frage offen, und eben in ihrer Beantwortung differieren die verschiedenen Gesetzgebungen erheblich von einander.

Das Wort Personalstatut wird aber auch in einem anderen

179 Ähnlich definiert z. B. Kahn, Jahrb. f. d. Dogm. 30 S. 9. S. auch die Unterscheidung ebenda S. 35.

Sinne gebraucht: man bezeichnet damit nicht Rechtssätze bestimmten materiellen Inhalts, sondern Rechtssätze bestimmter Herkunft, oder — der Unterschied wird absichtlich möglichst zugeschärft — nicht einen bestimmten materiell abgegrenzten Teil einer beliebigen Rechtsordnung sondern eine bestimmte konkrete Rechtsordnung ganz und gar in Beziehung auf eine bestimmte einzelne Person: Personalstatut ist die Rechtsordnung desjenigen Staats, der, wiederum allgemein zu reden, zu der Person in einem bestimmten Zusammengehörigkeitsverhältnis steht. In diesem formellen Sinne ist auch in dem vorliegenden Buche das Wort Personalstatut durchgängig gebraucht worden. Das Personalstatut wird hier also definiert nach dem Verhältnis, in dem die Person zu dem Staat, welchem die Rechtsordnung angehört, steht. Geht man von dieser Definition aus, so bleibt die Frage offen: für welche Art von Rechtsverhältnissen der diesem Staat unterworfnen Personen überhaupt oder dieser einzelnen ihm unterworfnen Person insbesondere ist diese Rechtsordnung mafsgebend?

Beide Begriffe des Personalstatuts, jener materielle und dieser formelle, hängen natürlich eng zusammen: eben weil das Personalstatut im formellen Sinne die Rechtsordnung des Staats ist, der zu der Person in einer näheren Verbindung steht, soll es auch Personalstatut im materiellen Sinne, d. h. soll es da mafsgebend sein, wo es sich um Fragen handelt, die sich auf die persönlichen Verhältnisse jemandes beziehen; oder umgekehrt: eben weil ein gewisser Teil der Rechtsordnung sich auf die persönlichen Verhältnisse der Personen bezieht, mufs er auf die Personen anwendbar sein, die zu dem Staat, welchem die Rechtsordnung angehört, in gewisser näherer Verbindung stehen.

Zwei Fragen sind demnach für das Personalstatut gesondert zu beantworten: man mufs wissen einmal, welche Rechtssätze das Personalstatut im materiellen Sinn bilden, und zweitens, welche Rechtsordnung Personalstatut im formellen Sinn ist.

Die erste dieser Fragen: was ist materiell unter dem persönlichen Recht (dem Personalstatut in dem älteren materiellen Sinn) zu verstehen? ist näher dahin zu stellen: welches sind diejenigen Rechtsfragen, die mit der Person derart in näherer Verbindung stehen, dafs für ihre Beurteilung das Recht desjenigen Staats mafsgebend sein mufs, zu dem die Person in näherer Beziehung steht? Oder anders ausgedrückt: welches ist der materielle Anwendungsbereich, den das Personalstatut in unserem, dem formellen Sinn seiner Eigenschaft gerade als Personalstatut halber hat?

Über diese Frage ist nun in der Litteratur keineswegs Einig-

keit vorhanden; die Definitionen des Personalstatuts in diesem materiellen Sinne gehen weit auseinander. Bereits innerhalb der Statutentheorie werden die verschiedenartigsten Versuche gemacht, den Begriff des Personalstatuts in diesem materiellen Sinne gegenüber dem des Realstatuts und des gemischten Statuts scharf abzugrenzen[180]: „in iis (statutis) definiendis mirum est quam sudent doctores“ [181], ohne dafs es gelungen wäre, zu einer einheitlichen Auffassung zu kommen[182]. Sicherlich ist es ein Fortschritt gewesen, dafs man in die Begriffsbestimmung des Personalstatuts in diesem materiellen Sinne, also in die Begriffsabgrenzung der Rechtssätze, für welche das Personalstatut im formellen Sinne mafsgebend sein soll, zugleich ein Merkmal aufgenommen hat, welches bereits den Grund dafür enthält, dafs gerade dieses Personalstatut im formellen Sinn mafsgebend sein soll. So stellt v. Bar[183] die Frage dahin, welches Staates Gesetze mafsgebend seien für diejenigen Privatrechtsverhältnisse, bei denen ein dauerndes Band der Person zu dem Staat der Natur der Sache nach vorausgesetzt werde. Indes hiermit läfst sich doch die Frage, welches denn im einzelnen diese Privatrechtsverhältnisse sind, nicht sicher entscheiden, die zu Grunde gelegte Vorstellung ist selbst zu unsicher und allgemein dazu, und darum bestehen denn immer noch im einzelnen grofse Differenzen. So wird z. B. schon gestritten, ob blofs die Handlungsfähigkeit oder ob auch die Rechtsfähigkeit dem persönlichen Recht unterliegt, und ob auch bezüglich der Handlungsfähigkeit noch Einschränkungen zu machen sind. Bekannt ist, in wie aufserordentlichem Mafs die neuere italienische Schule den Kreis der Fragen, in denen das Personalstatut im formellen Sinn Anwendung finden soll, auf Grund jener Vorstellung erweitert hat.

Dieser Unsicherheit halber ist selbst für ein einzelnes positives Recht die Frage, wie weit das Personalstatut (im formellen Sinne) in seiner Eigenschaft eben als Personalstatut mafsgebend sei, nicht leicht zu beantworten. Gesetzt es wäre sicher, dafs diese Rechts-

[180] Man vgl. z. B. die Auszüge bei Meili, Geschichte und System: Argentraeus S. 26, Molinaeus S. 28, Guy Coquille S. 28 fg., Voët S. 30 fg., Lauterbach S. 36 fg. („quae autem realia sint quaeque personalia statuta et genuina eorundem differentiae nota unde sit sumenda, non anxie inter se minus disceptant auctores“), Hertius S. 37, Hommel S. 39, Pufendorf S. 42, Riccius S. 43, Merlin S. 48, u. A.

[181] Hertius a. a. O.

[182] S. auch Wächter, Archiv f. d. civil. Praxis 24 S. 270 ff., dazu v. Bar I S. 40 N. 1.

[183] Lehrbuch S. 47.

ordnung das Heimatrecht als Personalstatut im formellen Sinne ansieht, so liefse sich doch die Anwendbarkeit des Personalstatuts als solchen nicht so bestimmen, dafs man nur untersuchte, wie weit das Heimatrecht anwendbar sei. Denn das Heimatrecht kann anwendbar sein, ohne dafs es gerade in seiner Eigenschaft als Personalstatut in Betracht käme: in der Anwendung des Heimatrechts liegt ja nur dann eine Anwendung des Personalstatuts als solchen, wenn das Heimatrecht gerade deshalb angewendet wird, weil es sich um Rechtsfragen handelt, die in näherer Beziehung zur Person stehen. Über den Grund aber, warum in diesem oder jenem Falle gerade das Heimatrecht angewendet werden soll, geben die Gesetzgebungen keinen Aufschlufs: vielmehr ist die Antwort in dieser Richtung immer nur Sache der theoretischen Auffassung gewesen.

Eine Aufzählung derjenigen Rechtsfragen, welche nach den Kollisionsnormen der einzelnen Staaten dem Personalstatut im formellen Sinn unterworfen werden, soll hier nicht erfolgen; sie ist für den Zweck dieses Buchs entbehrlich. Alles Schwankende und Unsichere verwandelt sich in Festigkeit und klare Grenze, wenn man sich auf den in diesem Buch vertretnen Standpunkt stellt (s. oben S. 125 fg.): das Personalstatut einer Person als solches ist für deren Rechtsverhältnisse soweit mafsgebend, wie in deren Anwendung die Ausübung der Personalhoheit über die Person liegen würde, also für die Verpflichtungen dieser Person und für die Rechte, die an ihr zustehen sollen.

Die andere Frage lautet: welche Rechtsordnung ist Personalstatut im formellen Sinn, welcher Art ist also die Beziehung der Person zum Staat, die uns veranlafst, das Recht dieses Staats bei Beurteilung der persönlichen Verhältnisse jemandes zur Anwendung zu bringen? Hierauf geben die einzelnen Rechte wie gesagt ebenfalls verschiedne Antwort, und zwar schwanken sie zwischen dem Recht des Wohnsitzstaats und dem des Angehörigkeitsstaats. Doch gewinnt das Staatsangehörigkeitsprincip mehr und mehr an Boden: nach Niemeyer[184] gilt dieses Princip gesetzlich oder gewohnheitsrechtlich in Aargau, Baden, Belgien, Bern, Chile, Columbien, Congostaat, Costa Rica, Ecuador, Frankreich, Freiburg, Genf, Graubünden, Griechenland, Haiti, Holland, Honduras, Jonische Inseln, Italien, Luzern, Mexico, Monaco, Montenegro, Neuenburg, Polen, Portugal, Rumänien, Rufsland, Salvador, Sachsen, Schaffhausen, Schweden, Schweiz (Bundesgesetz über die Handlungsfähigkeit von 1881),

[184] Vorschläge und Materialien S. 115 fg.

Solothurn, Spanien, Tessin, Unterwalden, Uruguay, Venezuela, Wallis, Zug, Zürich. Auch die Gesetzgebung des Deutschen Reichs legte schon bisher mehrfach die Staatsangehörigkeit und nicht den Wohnsitz zu Grunde[185], und ebenso hat das neue deutsche Einführungsgesetz sich im wesentlichen für die Staatsangehörigkeit entschieden[186]. Für das Wohnsitzprincip führt Niemeyer an neben der Praxis des gemeinen Rechts Preufsen, Bayern, Argentinien, Dänemark, Norwegen, England, Vereinigte Staaten von Nordamerika, Esth-, Liv- und Kurland, Schweiz (Bundesgesetz vom 25/6. 1891), Österreich (für die Fremden), dazu den Vertrag von Montevideo. In den neueren Gesetzes- oder Vertragsvorschlägen wird fast durchgängig das Staatsangehörigkeitsprincip zu Grunde gelegt, auch die Theorie neigt ihm immer mehr zu[187].

Diese ganze Vergleichung würde aber doch nur dann ein völlig klares Bild ergeben, wenn der Kreis der nach dem Personalstatut zu entscheidenden Rechtsfragen, also der Anwendungsbereich des Personalstatuts in diesen einzelnen Gesetzgebungen vollkommen übereinstimmte. Das ist aber nicht der Fall. Noch weniger deckt er sich mit dem Anwendungsbereich, der dem Personalstatut nach der Auffassung dieses Buches zukommt. Man müfste die sämtlichen Beziehungen, in denen nach den einzelnen Gesetzgebungen das Personalstatut erheblich sein soll, einzeln durchmustern, um ein klares Vergleichungsbild zu erhalten. Schon jene allgemeine Vergleichung lehrt aber das, was allein für unsere Zwecke wesentlich ist: soweit es sich um eine Frage handelt, die in den Anwendungsbereich des Personalstatuts, wie er in diesem Buch bestimmt ist, hineinfällt, ist, wenn wir die Folgerung aus der allgemeinen völkerrechtlichen Grundlage ziehen, das Recht des Angehörigkeitsstaats und nicht des Wohnsitzstaats entscheidend; diese Folgerung wäre nur dann unrichtig, wenn der allgemeine Völkerrechtssatz, dem gemäfs die Personenherrschaft der Staaten nach der Staatsangehörigkeit der Personen abgegrenzt ist, gerade für die Gesetzgebungsgewalt in privatrechtlichen Dingen ersetzt wäre durch einen anderen Völkerrechtssatz, wenn also insbesondere ein Völkergewohnheitsrecht sich nachweisen liefse, demzufolge dem Wohnsitzstaat jene Gesetzgebungsgewalt über die Person zustehen soll (s. S. 160 fg.).

185 Niemeyer S. 118.

186 S. oben S. 221 Note 31.

187 Belege bei Niemeyer S. 116 fg.

Ein solcher Satz ist — darüber läfst jene Vergleichung keinen Zweifel — nicht nachweisbar. Daraus wurde schon oben der Schlufs gezogen, der seiner Wichtigkeit halber hier wiederholt werden darf: überall, wo nicht eine positive Anwendungsnorm im Wege steht, mufs es bei dem Satz bleiben, dafs die Staatsangehörigkeit entscheidet; jeder Rechtssatz eines Staats, der in einem Falle, wo nach dem Standpunkte dieses Buches das Personalstatut mafsgebend ist, nach dem Wohnsitzrecht zu entscheiden gebietet, ist eine 'abweichende' Kollisionsnorm in unserem Sinne, er bestimmt die Grenzen der staatlichen Gesetzgebungsgewalt in einer den völkerrechtlichen Principien widersprechenden Weise.

Und eine solche das Personalstatut betreffende Kollisionsnorm kann wie jede Kollisionsnorm ihrem Inhalt nach bald stärker bald schwächer sein. Erklärt ein Staat den Wohnsitz für mafsgebend, so heifst das jedenfalls: er nimmt in Bezug auf privatrechtliche Fragen die Herrschaft über alle Personen, die auf seinem Gebiet wohnen, in Anspruch, auch wenn sie nicht seine Staatsangehörigen sind. Gewöhnlich läfst er dann diesen selben Grundsatz auch gegen sich gelten, d. h. er lehnt jene Herrschaft über seine eignen Staatsangehörigen ab, wenn sie im Ausland wohnen, bald unbedingt, bald wenigstens sofern nicht der Wohnsitzstaat seinerseits auf das Recht des Angehörigkeitsstaats zurückverweist (s. oben S. 246). Aber er pflegt dann auch noch weiter zu gehen: er befiehlt seinen Richtern das Recht des Wohnsitzstaats als Personalstatut zu behandeln sogar dann, wenn er selbst sachlich unbeteiligt, also weder Heimat- noch Wohnsitzstaat ist. Und auch hier wieder thut er das entweder unbedingt: das Recht des Wohnsitzstaats soll angewendet werden, mögen auch die beteiligten Staaten, eben der Heimat- und der Wohnsitzstaat, beide gleicher Weise die Staatsangehörigkeit als entscheidend betrachten — so wendet man im gemeinen deutschen Recht das Gesetz des Wohnsitzstaats an, mag auch der Wohnsitzstaat selbst die Staatsangehörigkeit mafsgebend sein lassen, man spricht dann also dem Wohnsitzstaat eine Herrschaft zu, die er selbst garnicht in Anspruch nimmt —; oder es wird das Recht des Wohnsitzstaats nur für anwendbar erklärt, sofern es selbst nicht das Recht des (dritten) Heimatstaats als mafsgebend erachtet — davon war schon früher (S. 245) die Rede.

2. Es mufs eine der vornehmsten Sorgen der Fortentwicklung des positiven internationalen Privatrechts sein, in dieser grundlegend wichtigen Frage eine Übereinstimmung der verschiedenen

Rechtsordnungen zu schaffen. Damit ist noch nicht gesagt, dafs die Gleichheit nun gerade in der überall gleichmäfsigen Annahme des Staatsangehörigkeitsrechts als Personalstatuts bestehen müfste. Eine Gleichheit wäre auch dann vorhanden, wenn die sämtlichen Staaten eine Vereinbarung dahin träfen, als Personalstatut immer das Wohnsitzrecht gelten zu lassen, oder in der einen sachlichen Beziehung das Wohnsitzrecht, in der anderen das Staatsangehörigkeitsrecht. Mit jeder solchen Vereinbarung zu Gunsten des Wohnsitzrechts würde dann eben gerade für diesen Bereich eine andere neue aber völlig zureichende und unanfechtbare völkerrechtliche Grundlage geschaffen. Es kann sich also nur darum handeln, ob eine solche Vereinbarung zweckmäfsig wäre.

Die Bedeutung des Wohnsitzes im internationalen Privatrecht ist historisch zu erklären. Sie stammt aus der Zeit[188], da durch die Thatsache des Wohnens zugleich die Staatsangehörigkeit begründet oder wohl richtiger zwischen beiden überhaupt kein fester Unterschied gemacht wurde. Als dieser Unterschied aber völkerrechtlich aufkam, liefsen es einige Staaten bei der alten Regel, dafs das Recht des Wohnsitzstaats Personalstatut sei, obwohl dieser Satz doch nunmehr völkerrechtlich grundlos geworden war.

Eine andere gedankliche Strömung kam und kommt noch, wie mir scheint, diesem Festhalten am Recht des Wohnsitzstaats zu Hilfe. Der Wohnsitz ist, man dürfte sagen, ein idealisierter Aufenthalt. Bei dem raschen Ortswechsel der Menschen müssen die Juristen, „ne cogerentur per momenta species et causas inquirere“, einen Ort haben, wo der einzelne Mensch, wenn er auch im Augenblick nicht da ist, doch dazusein hat, und, weil er im Durchschnitt wirklich dort ist, auch als immer anwesend angesehen werden darf. Die Beobachtung, dafs in der ungeheuren Mehrzahl der Fälle der Wohnsitzort zugleich Aufenthaltsort ist, läfst sich garnicht abweisen; schon ein römischer Jurist glaubte einst das Domizil als den Ort definieren zu können, von wo fortzusein verreistsein sei. Von hier aus erschien es nur als eine Anwendung des Grundsatzes der Gebietshoheit des Staats, wenn der Wohnsitzstaat die Herrschaft über die Person in Anspruch nahm.

Indem also einerseits die Grenze zwischen Wohnsitz und Staatsangehörigkeit sich, wenigstens bei längerer Dauer des Wohnsitzes, verwischte, und andererseits der Wohnsitz als idealisierter Aufenthalt

[188] S. v. Bar I S. 166 fg.

aufgefafst wurde, war der Wohnsitzbegriff so recht geeignet, zwischen den beiden extremen Unterwerfungsgründen, Aufenthalt (kraft Gebietshoheit) und Staatsangehörigkeit (kraft Personalhoheit) zu vermitteln. Diese Vermittlerrolle wohl mehr als praktische Zweckmäfsigkeit sicherte ihm die Popularität, die er noch heute so vielfach geniefst.

Vom Zweckmäfsigkeitsstandpunkt aus werden für die eine und die andere Regelung verschiedene allgemeine Gründe ins Feld geführt. Für die Bestimmung durch den Wohnsitz spricht, so sagt man, dafs im thatsächlichen Verkehr der Wohnsitz einer Person mehr bekannt zu sein pflegt als die Staatsangehörigkeit; hat ja doch der Wohnsitz eine nach aufsen sozusagen sichtbare Gestalt. Er kann darum auch schwerer willentlich verschleiert werden. Für den Verkehr ist es aber zweifellos von Vorteil, wenn diejenigen, die mit einem Anderen in Rechtsbeziehungen treten, wissen, welches Recht entscheidend sein wird. Freilich ist nach dieser Richtung hin, auch wenn die Staatsangehörigkeit entscheidend ist, leicht abzuhelfen, indem jede schuldhafte Täuschung über das Personalstatut zum Ausgangspunkt deliktischer Folgen, die ja nach dem Recht des Orts der Handlung zu beurteilen sind, gemacht wird. Für den Wohnsitz fällt weiter ins Gewicht, dafs der Wohnsitzort in der Mehrzahl der Fälle auch den Gerichtsstand bestimmt; dafs aber der Richter sein eignes Recht anwenden kann, ist von Wert, einmal weil er es besser zu kennen pflegt als das ausländische, sodann weil damit die Möglichkeit von Konflikten abgeschnitten wird.

Gegen die Bestimmung durch den Wohnsitz werden andererseits starke Gründe geltend gemacht. Einmal ist die Thatsache des Wohnsitzes schwerer juristisch umgrenzbar als die der Staatsangehörigkeit; leicht wird deshalb auch die Jurisprudenz verschiedener Länder die Thatsache, ob ein Wohnsitz vorhanden sei und welcher, verschieden beantworten. Auch liegt abgesehen davon die Möglichkeit eines doppelten und eines mangelnden Wohnsitzes wohl näher als die einer doppelten oder mangelnden Staatsangehörigkeit. Bedeutsamer ist, dafs der Wohnsitz rascher und willkürlicher gewechselt werden kann als die Staatsangehörigkeit, und sicher ist es vom Übel, wenn das Personalstatut leicht veränderlich ist. Vor allem aber, und dies ist wohl am gewichtigsten, hängt die Staatsangehörigkeit stärker mit der gesamten Persönlichkeit zusammen als der Wohnsitz. In dieser Beziehung ist auf die mannigfachen Erörterungen hinzuweisen, welche insbesondere

im Zusammenhange mit der neueren italienischen Lehre hierüber angestellt sind.

Indes alle diese Erwägungen sind doch zu allgemein, um ausschlaggebend sein zu können. Nur soviel wird sich sagen lassen: Gründe, welche eine allgemeine vertragsmäfsige Umstofsung des der sonstigen völkerrechtlichen Herrschaftsabgrenzung gemäfsen Princips der Staatsangehörigkeit im internationalen Privatrecht und seine Ersetzung durch das Wohnsitzprincip ratsam erscheinen liefsen, giebt es nicht: es wird sich also höchstens darum handeln, ob für diese oder jene einzelne Rechtsfrage, insbesondere für Fragen des Verkehrsobligationenrechts eine Abänderung wünschenswert sei. Hierauf kann aber nur durch Einzeluntersuchung bei diesen einzelnen Fragen geantwortet werden.

3. Gegenwärtig ist nun eine Einigung der Staaten noch nicht vorhanden. Damit ist die Möglichkeit von Konflikten geschaffen; sie sind vorhanden, sobald Staatsangehörigkeit und Wohnsitz thatsächlich auseinander treten, sobald also die Person, um welche es sich handelt, in einem anderen Staate den Wohnsitz hat, als dem sie staatsangehörig ist. Meines Erachtens kann hier so wenig wie in sonstigen Konfliktsfällen zweifelhaft sein, wie vom Standpunkt des einzelnen geltenden Rechts aus entschieden werden mufs. Die früher erörterten Grundsätze wiederholen sich auch hier.

a. Die Möglichkeit eines Konflikts ergiebt sich vor allem dann, wenn die beiden sachlich beteiligten Staaten, also der Heimatstaat und der Wohnsitzstaat, das Personalstatut verschieden bestimmen. Natürlich ist mit Heimatstaat oder Wohnsitzstaat nicht der Staat gemeint, der es zur Zeit des Prozesses ist, sondern — dies entspricht den Darlegungen des ersten Buchs — der es in dem 'mafsgebenden Zeitpunkt' gewesen ist. Man unterscheidet einen positiven und einen negativen Konflikt. Der Konflikt ist ein positiver [189], wenn Wohnsitzstaat und Heimatstaat jeder sein eignes Recht als Personalstatut ansieht, der Wohnsitzstaat also das Wohnsitzrecht, der Heimatstaat das Heimatrecht. Er ist ein negativer, wenn jeder der beiden Staaten das Recht des anderen Staats als Personalstatut ansieht, der Wohnsitzstaat also das Heimatrecht, der Heimatstaat das Wohnsitzrecht. Der Konflikt kann sowohl daraus ent-

189 S v. Bar I S. 278 ff. Lehrbuch S. 48.

springen, dafs beide Staaten verschiedene Kollisionsnormen haben, als auch daraus, dafs der eine Staat den völkerrechtlichen Grundsätzen folgt, der andere eine von diesen abweichende Kollisionsnorm besitzt.

α. Vorausgesetzt sei zunächst, dafs das entscheidende Gericht in einem der sachlich (dies Wort in dem oben bezeichneten Sinne genommen) beteiligten Staaten liegt. Praktisch macht sich die Sache dann einfach: welches Recht mafsgebend sei, beurteilt jedes Gericht immer nach der im eignen Staat geltenden Anwendungsnorm. Im Fall des positiven Konflikts also wendet der Richter des Heimatstaats das Heimatrecht, der Richter des Wohnsitzstaats das Wohnsitzrecht an. Im Fall des negativen Konflikts wendet der Richter des Heimatstaats das Wohnsitzrecht an und der Richter des Wohnsitzstaats das Heimatrecht, natürlich immer vorausgesetzt, dafs nicht etwa die Kollisionsnorm die Rückverweisung auf das eigne Recht für beachtlich erklären sollte, was ja aber nicht zu vermuten ist. Die Entscheidung, dafs im Fall eines negativen Konflikts der Richter des Wohnsitzstaats das Heimatrecht anzuwenden habe, obwohl dieses selbst nicht angewendet sein will, ist bestritten. Man hat nämlich gesagt, da der Heimatstaat selbst die Herrschaft über die Person in Bezug auf das Privatrecht ablehne, könne diese Herrschaft auch für den Wohnsitzstaat nicht in Betracht kommen, vielmehr müsse die Person so behandelt werden, als hätte sie keine Staatsangehörigkeit [190]. Dieser Schlufs ist nicht berechtigt; denn wenn der Heimatstaat das Wohnsitzrecht auch als Personalstatut erklärt, so bleibt die Staatsangehörigkeit der Person doch bestehen und fährt fort eine Thatsache von völkerrechtlicher Bedeutung zu sein. Mag der einzelne Staat die Folgerung, welche aus dieser Thatsache für das internationale Privatrecht gezogen wird, ablehnen, für die anderen Staaten ist eine solche Ablehnung ohne Wichtigkeit, solange nicht die Staatsangehörigkeit selbst aufgehoben ist. Demnach hat der Richter des Wohnsitzstaats ohne Rücksicht auf die Anwendungsnormen des Heimatstaats dessen Recht zur Anwendung zu bringen.

(Nur dann würde nach den früheren Ausführungen, S. 269, der Richter des Wohnsitzstaats im Fall des negativen Konflikts anders entscheiden müssen, wenn etwa die Kollisionsnorm des Heimatrechts, welche Anwendung des Wohnsitzrechts vorschreibt, zugleich einen materiellen Verweisungsrechtssatz enthielte; diesen

[190] v. Bar I S. 279 fg. Dagegen treffend Kahn a. a. O. S. 34—36.

müfste er befolgen, und käme damit allerdings thatsächlich zur Anwendung seines eignen Rechts zurück. Davon kann aber hier wie im folgenden abgesehen werden.)

β. Das entscheidende Gericht kann aber auch, was nicht selten vorkommen wird, einem dritten sachlich unbeteiligten Staat angehören, einem Staat also, der in dem mafsgebenden Zeitpunkt weder der Wohnsitz- noch der Heimatstaat der betreffenden Person war. Wenn hier ein positiver oder negativer Konflikt zwischen den beiden beteiligten Staaten in Bezug auf das anzuwendende Recht besteht, so mufs notwendig auch ein gleicher Konflikt zwischen dem Staat des Gerichtsorts und einem der beiden beteiligten Staaten vorhanden sein. Denn die nach der lex fori geltende Anwendungsnorm kann (wenn sie nicht gar ein drittes Recht für mafsgebend erklärt) nur entweder mit der Anwendungsnorm des Heimatstaats oder mit der des Wohnsitzstaats übereinstimmen. Enthält nun die lex fori eine besondere positive Anwendungsnorm, so mufs der Richter ihr Folge geben, also jenachdem das Wohnsitzrecht oder das Heimatrecht (oder gar ein drittes Recht) anwenden; und wiederum bleibt auch hier aus den oben entwickelten Gründen im Zweifel gleichgiltig, ob der Heimatstaat selbst die Herrschaft ablehnt und das Wohnsitzrecht für mafsgebend erklärt oder nicht. Enthält die lex fori hingegen keine positive Anwendungsnorm — und dahin gehört es auch, wenn sie zwar etwas über das Personalstatut für Fälle festsetzt, wo der Staat der lex fori selbst Heimatstaat oder Wohnsitzstaat oder wo er in einer bestimmten sonstigen Weise an dem Fall sachlich interessiert war, nicht jedoch auch für Fälle, wie deren einer jetzt zur Entscheidung steht —, so hat er sich wieder nach den allgemeinen Völkerrechtsgrundsätzen zu richten, mufs also das Recht der Staatsangehörigkeit als mafsgebend anerkennen und darum anwenden.

b. Die Möglichkeit eines Konflikts ergiebt sich ferner selbst dann, wenn Wohnsitzstaat und Heimatstaat ein und dasselbe Recht als Personalstatut ansehen, vorausgesetzt nur, dafs das entscheidende Gericht in einem sachlich unbeteiligten Staat liegt. Der Konflikt ist einmal dann gegeben, wenn beide das Heimatrecht als Personalstatut ansehen, die lex fori aber eine Kollisionsnorm hat, derzufolge das Wohnsitzrecht als Personalstatut anzuwenden ist: der Richter mufs dann im Zweifel (d. h. abgesehen von einer etwaigen Weiterverweisungsklausel seines eignen Rechts) ohne Rücksicht auf die Übereinstimmung der Anwendungsnormen der beiden

beteiligten Staaten das Wohnsitzrecht in Anwendung bringen, eben weil ihm das befohlen ist; der Konflikt ist ferner dann gegeben, wenn beide beteiligte Staaten das Wohnsitzrecht als Personalstatut ansehen, während nach einer positiven Anwendungsnorm des Staats des Gerichtsorts oder mangels einer solchen nach den völkerrechtlichen Grundsätzen das Heimatrecht als maſsgebend anzuerkennen ist: der Richter muſs dann ebenso diese maſsgebende Kraft des Heimatrechts anerkennen und es darum anwenden.

Drittes Buch.

Interlokales Privatrecht.

I. Die bisherigen Erörterungen haben sich nur auf das wirklich internationale Privatrecht bezogen; Staat und Rechtsgebiet waren als zusammenfallend gedacht, die Herrschaftssphären der Privatrechtsordnungen der verschiedenen Staaten gegen einander galt es abzugrenzen. Eine analoge Aufgabe erwächst aber auch dann, wenn innerhalb desselben Staats oder Staatsverbandes mehrere Rechtsgebiete existieren: ich spreche in Ermangelung eines besseren Ausdrucks hier zusammenfassend von 'interlokalem Privatrecht'. Die interlokal-privatrechtliche Frage lautet: wenn feststeht, dafs das Recht dieses Staats oder Staatsverbandes überhaupt mafsgebend ist, welches der mehreren innerhalb dieses Staats oder Staatsverbandes geltenden Partikularrechte ist dann anzuwenden? und zwar — diese Doppelung der Frage ergiebt sich sofort — welches der mehreren Partikularrechte ist von dem Richter anzuwenden, der einem Rechtsgebiet innerhalb des Staats angehört, und welches von dem Richter eines ausländischen Staats? Die für die Konkurrenz der Rechtsordnungen selbständiger Staaten gegebene Antwort läfst sich nicht ohne weiteres hierher übertragen; darum mufste das 'interlokale Privatrecht' an diese besondere Stelle verwiesen werden.

1. Zunächst ist das Fragegebiet genauer zu bestimmen.

Das interlokale Privatrecht begreift vor allem die Fälle, wo in den verschiedenen Gebieten innerhalb desselben einheitlichen Staats verschiedenes Recht gilt. Solche Rechtsverschiedenheit kommt von Ort zu Ort, von Provinz zu Provinz u. s. w. vor; auch brauchen die Grenzen der einzelnen Rechtsgebiete keineswegs mit jetzigen politischen Einteilungen zusammenzufallen. Sofern freilich diese

einzelnen Rechtsgebiete — was in gröfserem oder geringerem Umfange der Fall sein kann — eine ausschliefsende eigne Gesetzgebungsgewalt besitzen, tritt kein neues Problem auf. Der Beruf des Staats, Subjekt der Rechtsordnung zu sein, ist dann soweit von kleineren öffentlichrechtlichen Verbänden, die wie der Staat selbst auf einem bestimmten Gebiet existieren, übernommen: diese kleineren Verbände stehen sich in dieser Beziehung wie selbständige Staaten gegenüber. Die erörterten allgemeinen Grundsätze sind darum vollständig hierher übertragbar, und bedürfen nur in einer einzigen Beziehung einer Umdeutung: da es eine 'Staatsangehörigkeit' an einen einzelnen Teil des Staatsgebiets nicht giebt, mufs der Kreis von Personen, die diesem Gebietsteil als zugehörig angesehen werden sollen, anders bestimmt werden. Wie das geschieht, ist nachher zu besprechen.

Die neue Frage zeigt sich in voller Breite nur, wenn und soweit über den einzelnen Teilgebieten eine centrale Gesetzgebungsgewalt steht und doch das Recht der Teilgebiete von einander abweicht. In einer doppelten Weise, die übrigens für die Fragen des interlokalen Privatrechts keine Verschiedenheit begründet, ist dies denkbar und kommt es wirklich vor.

Einmal kann das partikulare Recht aus partikularer Quelle stammen: der einzelne Staatsteil besitzt noch oder besafs früher für diese Gegenstände Gesetzgebungsgewalt und hat diese Gesetzgebungsgewalt ausgeübt, während der Gesamtstaat für die gleichen Gegenstände die seine hat ruhen lassen. In lebendiger Kraft ist ein solches Verhältnis selten, da der Staat die privatrechtliche Gesetzgebung überall zu monopolisieren bestrebt gewesen ist; desto öfter entstammt das partikulare Recht einer früheren Gesetzgebungsgewalt des Staatsteils: der Staatsteil kann solche Gesetzgebungsgewalt gehabt haben, obwohl er auch früher Teil des jetzigen Gesamtstaats war, oder weil er früher eigner Staat war. Nahe damit zusammen gehört der Fall, dafs der Staatsteil früher Teil eines anderen Staats war, und erst später unter Bewahrung seines vorhandenen Rechts Teil des jetzigen Staats geworden ist — auf eine solche Thatsache ist z. B. bekanntlich die Geltung des französischen Rechts im Rheinland zurückzuführen. Dem Fall partikularer Gesetzgebungsgewalt steht es gleich, wenn das partikulare Recht partikularer Gewohnheit entsprungen ist, wobei unerheblich ist, ob der Gesamtstaat die partikulare Gewohnheitsbildung auch gegenwärtig noch zuläfst oder nicht.

Das partikulare Recht kann zweitens der centralen Gesetz-

gebungsgewalt entstammen: in einem Staat mit einheitlicher und ausschliefsender Gesetzgebungsgewalt kann durch den Willen des Gesamtstaats für die einzelnen Staatsteile verschiedenes Recht gesetzt sein. Gerade eine derartige Rechtsbildung kommt auch heute noch oft genug vor.

Dieselben Fragen wie beim wahren interlokalen Privatrecht treten ferner auch dann auf, wenn mehrere Staaten mit eignem Recht zusammen einen neuen Staatsverband bilden, gleichgiltig welcher Art dieser neue Verband ist, vorausgesetzt nur, dafs er selbständige Gesetzgebungsgewalt über den einzelnen Staaten hat. Hat er diese nicht, überhaupt nicht oder in bestimmtem Umfang nicht, so stehen sich die einzelnen Staaten in dieser Beziehung genau so gegenüber, als wäre der höhere Staatsverband nicht vorhanden Hat er diese aber, so kommen umgekehrt im wesentlichen dieselben Grundsätze zur Hebung, wie wenn ein ganz einheitlicher Staat in verschiedene Rechtsgebiete zerfällt; ich stelle defshalb auch diesen Fall hierher zum „interlokalen Privatrecht", obwohl der Name für ihn nicht gut pafst.

2. Die Besonderheit des interlokalen Rechts gegenüber dem internationalen zeigt sich vor allem in der Bedeutung und Kraft der Anwendungsnormen, welche die centrale Gesetzgebungsgewalt für das Verhältnis der einzelnen partikularen Rechtsordnungen zu einander aufstellt.

Zweierlei Normen über die Anwendung der partikularen Rechte kann die Centralgewalt innerhalb der Grenzen ihrer Gesetzgebungsmacht erlassen: einmal Normen über die Anwendbarkeit der inländischen Partikularrechte im Verhältnis zum ausländischen Recht — solche Normen gehören, eben weil sie sich nicht auf das Verhältnis der Partikularrechte zu einander beziehen, dem internationalen und nicht dem interlokalen Privatrecht an, und sind wahre Kollisionsnormen genau in demselben Sinn und mit derselben Bedeutung, wie sie im vorigen Buch besprochen sind —, sodann Normen über die Anwendbarkeit der inländischen Rechte im Verhältnis zu einander — solche Normen sind nicht Kollisionsnormen, sondern Bestandteile des materiellen Rechts[1]: sie setzen die Gesetzgebungsmacht des Staats voraus, nicht wollen sie sie erst schaffen oder feststellen. Wenn nach den allgemeinen internationalrechtlichen Grundsätzen überhaupt das Recht eines bestimmten

[1] Vgl. oben S. 255 Note 76.

Staatsganzen mafsgebend ist, dann ist es eine interne Frage dieses Staats, welches der mehreren in ihm geltenden Partikularrechte angewendet werden solle: er kann das ebenso frei bestimmen, wie er den materiellen Inhalt seiner Rechtsnormen frei festsetzen darf. Aber natürlich mufs er auch nach innen, d. h. den einzelnen Teilrechtsgebieten gegenüber, die nötige Gesetzgebungsmacht wirklich haben: er kann jene Normen, da sie in Wahrheit dem materiellen Recht angehören, so weit und nur so weit schaffen, wie er eben die Gesetzgebungsmacht gerade für die einschlägigen Teile des materiellen Privatrechts besitzt.

Die beiden gedachten Arten von Anwendungsnormen, welche die Centralgewalt erlassen kann, sind mithin ihrem Wesen nach ganz verschieden. Und diese Unterscheidung ist streng durchzuführen, denn sie hat praktisch grofse Bedeutung. Sie ist zunächst für die Entscheidung des einzelnen Internationalrechtsfalls bedeutsam. Weil diese interlokalen Anwendungsnormen innerstaatliches materielles Privatrecht bilden, sind sie, sofern eben das Recht des Gesamtstaats überhaupt als mafsgebend anerkannt wird, auch von dem Richter jedes anderen Rechtsgebiets, sei es eines anderen Rechtsgebiets innerhalb desselben Staats, sei es eines ausländischen Staats, (und ebenso von den Parteien selbst) bei der Entscheidung des Falls voll zu beachten — während der Richter die Kollisionsnormen des Rechts, das er an sich für anwendbar ansieht, wie wir wissen, nicht zu beachten hat. Und die Unterscheidung ist auch für den Gesetzgeber von Wichtigkeit. Interlokale Anwendungsnormen mufs der Staat in bestimmtem Umfang aufstellen, wenn er nicht eine verhängnisvolle Lücke lassen will, und in ihrer Anordnung ist er auch völkerrechtlich frei; auf die Aufstellung wahrer Kollisionsnormen hingegen kann er ganz Verzicht thun, oder wenn er sie doch aufstellt, sollte er sie in Einklang mit den allgemeinen völkerrechtlichen Principien halten. Beide Arten von Anwendungsnormen können also möglicherweise, ja müssen in gewissem Umfange verschieden lauten; es würde sich demnach vielleicht empfehlen, beide Arten von Normen auch äufserlich getrennt von einander aufzustellen.

Auch in Deutschland werden sie künftig noch unterschieden werden müssen: bleiben ja doch auch innerhalb Deutschlands noch Rechtsverschiedenheiten genug übrig. Wie weit übrigens die internationalprivatrechtlichen Normen des Einführungsgesetzes auch auf die Anwendung der Partikularrechte zu beziehen sind, und wie weit die bisher in den einzelnen deutschen Rechtsgebieten geltenden

Kollisionsnormen, sei es im Verhältnis dieser Rechtsgebiete untereinander, sei es im Verhältnis zum Ausland noch weiter gelten werden, das mufs den Gegenstand einer eignen, hier nicht anzustellenden Untersuchung bilden.

3. Sind solche von der centralen Rechtsquelle ausgehenden Anwendungsnormen nicht vorhanden, mag nun der Gesamtstaat die Anwendungsbereiche der einzelnen Partikularrechte im Verhältnis zu einander nicht haben ordnen können oder wollen, so steht, was das internationale und interlokale Privatrecht betrifft, jedes einzelne Rechtsgebiet innerhalb des Staats mit einer nachher zu besprechenden Modifikation völlig einem ganz selbständigen Staate gleich. Die Anwendungsnormen insbesondere, welche in den einzelnen Rechtsgebieten, nicht eingeführt durch die centrale Rechtsquelle, sondern der partikularen Rechtsquelle gerade dieses Rechtsgebiets entstammend, gelten, haben darum auch durchaus dieselbe Natur wie die Anwendungsnormen eines eignen Staats, sie sind wahre Kollisionsnormen und als solche zu behandeln, nicht blofs soweit sie sich auf das Verhältnis des Partikularrechts dieses Staatsteils zum ausländischen Recht, sondern auch soweit sie sich auf das Verhältnis des eignen Rechts zu den anderen Partikularrechten innerhalb desselben Staats beziehen. Partikulare Anwendungsnormen dieser Art giebt es z. B. gerade innerhalb Deutschlands für die einzelnen Bundesstaaten, ja innerhalb dieser einzelnen Staaten, so Preufsens, für deren einzelne Gebietsteile in nicht geringer Zahl.

Wir haben also die international-privatrechtlichen Grundsätze insoweit einfach hierher zu übertragen. Bei der Darstellung wird im folgenden der Klarheit halber danach gesondert, ob der Rechtsfall in einem ausländischen Staat oder in einem der inländischen Rechtsgebiete zur Entscheidung kommt.

Der ausländische Richter, der überhaupt das inländische Recht an sich als anwendbar erfunden hat, wird zunächst zuzusehen haben, ob etwa seine eignen Kollisionsnormen ihm irgend eine Anweisung darüber geben, welches der mehreren inländischen Partikularrechte er anzuwenden habe; die partikularen Kollisionsnormen, welche in den einzelnen inländischen Partikularrechten gelten, bleiben natürlich vollkommen belanglos für ihn. In der Regel werden die ausländischen Kollisionsnormen nur den Fall internationaler, nicht auch den einer interlokalen Rechtsverschiedenheit treffen: der Richter wird dann im Zweifel diese Kollisionsnormen analog als interlokalprivatrechtliche zu verwerten haben. Fehlt es überhaupt an Kollisions-

normen, so treten die früher aus dem Völkerrecht entwickelten allgemeinen Grundsätze des internationalen Privatrechts in analoger Weise in Kraft. Die Herrschaft der partikularen Rechtsordnung begrenzt sich einmal — in Analogie zu der Gebietshoheit des Gesamtstaats — auf ein bestimmtes räumliches Gebiet; sie beherrscht infolgedessen auch die Personen und Sachen auf diesem Gebiet in demselben Umfang wie der Gesamtstaat es kraft seiner einheitlichen Gebietshoheit thun würde. Ebenso sind aber auch die einzelnen Personen ohne Rücksicht auf ihren Aufenthalt den einzelnen Rechtsgebieten in Analogie der Personalhoheit des Staats zugeteilt. Wodurch sich die ‚Angehörigkeit' der Person zu diesem einzelnen Rechtsgebiet innerhalb des Gesamtstaats bestimmt, das wird nachher noch erörtert werden.

Genau ebenso steht es, wenn ein Richter in einem der inländischen Rechtsgebiete zur Entscheidung berufen ist. Findet er, dafs das inländische Recht überhaupt anwendbar ist, so hat er zunächst zu untersuchen, ob es Kollisionsnormen in seinem eignen Rechtsgebiet giebt, die sich speciell auf die interlokal-privatrechtliche Frage beziehen; findet er solche nicht, so hat er die international-privatrechtlichen Kollisionsnormen seines eignen Rechtsgebiets zur Analogie heranzuziehen, und schliefslich mufs er auf die subsidiären völkerrechtlichen Folgerungen analog zurückgreifen. Die in den anderen partikularen Rechtsgebieten geltenden Kollisionsnormen bleiben für ihn natürlich wieder ganz aufser Betracht.

Die Schädlichkeit der Kollisionsnormen tritt gerade bei diesen interlokalrechtlichen Fragen ins hellste Licht. Gelten in den verschiedenen Rechtsgebieten eines sonst einheitlichen Staats auch für das Verhältnis der partikularen Rechtsordnungen zu einander verschiedene Kollisionsnormen, so steht das Recht dieses Staats, als Einheit genommen, mit sich selbst in Widerspruch: für eine und dieselbe Rechtsangelegenheit wollen innerhalb dieses einen Staats verschiedene von dem einheitlichen Staat selbst anerkannte Rechtsnormen gelten! Einem solchen Zustand ein Ende zu machen liegt in der Hand des Staats, der kraft seiner Gesetzgebungsgewalt befehlen kann, wo verschiedene selbständige Staaten erst einer Vereinbarung bedürften.

Am widersinnigsten zeigt sich dieser Zustand, wenn man bedenkt, dafs die verschiedenen Rechtsgebiete eines und desselben Staats sogar von der Kollisionsnorm, die wir in früheren Ausführungen als 'Vorbehaltsklausel' bezeichneten, gegeneinander Gebrauch machen, das Recht des anderen Gebietsteils also, obwohl sie es in dem gegebenen Falle an sich für mafsgebend erachten, doch

nicht zur Anwendung bringen. Zwar wird man sich scheuen, die Unanwendbarkeit des fremden partikularen Rechtssatzes hier auf seine Unsittlichkeit zu stützen. Gewifs können in dem einen und dem anderen Rechtsgebiet über dieses und jenes verschiedene Anschauungen herrschen: schwerlich aber können dem einen Teil des ganzen Volks Rechtssätze, die in dem anderen geographisch abgegrenzten Teil des Volks gelten, als derart unsittlich erscheinen, dafs es gerechtfertigt wäre deshalb von der Vorbehaltsklausel Gebrauch zu machen. Die Anwendung der Vorbehaltsklausel in dieser Richtung würde geradezu von einer schweren Überhebung der Rechtspraxis des einen Gebiets gegenüber der der anderen Gebiete zu reden berechtigen. Aber auch wenn die Unanwendbarkeit des anderen Partikularrechts auf seine Unverträglichkeit mit den Zwecken des eignen partikularen Rechtssatzes gestützt wird, ist doch ein Kampfzustand seltsamster Art zwischen den einzelnen partikularen Rechtsgebieten vorhanden. Können wirklich die Verhältnisse in den mehreren Rechtsgebieten desselben Staats so verschieden sein, dafs schon die blofse Anwendung des fremden Partikularrechts, obwohl es an sich als anwendbar anerkannt ist, in dem Gebiet des anderen Wirkungen hervorbringen würde, die durchaus bekämpft werden müssen? Die Praxis freilich bejaht das: man hat derartiges erlebt z. B. bei der Beurteilung der Giltigkeit der Verträge über Heiratsvermittlung; ebenso wird ja auch in den deutschen Gebieten des französischen Rechts das in den anderen Teilen Deutschlands geltende Recht bezüglich der unehelichen Vaterschaft nicht angewendet, auch wenn nach den eignen Anwendungsnormen, die im Gebiet des französischen Rechts gelten, ein anderes deutsches Partikularrecht an sich mafsgebend ist. Wie bedenklich die Wirkungen dieser Praxis sind, das läfst sich leicht einsehen. Der Vater des unehelichen Kindes verlegt, sobald ihm eine Klage droht, seinen Wohnsitz in eines der Gebiete des französischen Rechts — man bedenke nur, wie leicht das bei der vollen Freizügigkeit, die unser Recht gewährt, namentlich in den unteren Klassen der Bevölkerung geschehen kann — und ist damit gesichert. Glücklicherweise wird ja nun die Vereinheitlichung unseres Rechts hier Wandel bringen.

Es war gesagt, dafs der inländische Richter stets die Kollisionsnormen seines eignen partikularen Rechtsgebiets zu befolgen, die der anderen Rechtsgebiete in demselben Staat aber aufser acht zu lassen habe. Dieser Satz bedarf indes einer Einschränkung überall dann, wenn mehrere Rechtsgebiete, in denen verschiedene Anwendungsnormen gelten, in einen Gerichtsbezirk vereinigt sind.

Beispielsweise giebt es in Deutschland eine ganze Reihe von Landgerichten, deren Bezirk verschiedene Rechtsgebiete mit verschiedenen Kollisionsnormen umfafst (insbesondere aber nicht ausschliefslich handelt es sich dabei um Gebiete des preufsischen und des gemeinen Rechts), ebenso Oberlandesgerichte, und dasselbe hat natürlich bei den beiden obersten Gerichtshöfen in Leipzig und München statt. Sofern nun ein solches Landgericht oder Oberlandesgericht (dieses etwa bei Prozessen gegen Angehörige der landesherrlichen Häuser) in erster Instanz zu urteilen hat, erhebt sich sofort die Frage: nach welchen der mehreren in seinem Bezirk geltenden Anwendungsnormen soll der Richter das mafsgebende Recht bestimmen? Soll je nach der Art des Falls unterschieden werden? Nein, das ergäbe ja einen Zirkel, denn den Fall einem der mehreren Gebiete als „aus ihm erwachsen" zuweisen heifst ja bereits das Recht dieses Gebiets für anwendbar erklären, diese Frage ist aber gerade noch offen. Sollen die am Gerichtsort selbst geltenden Anwendungsnormen zu Grunde gelegt werden? Dann würde also die Zufälligkeit entscheiden, ob diesseits oder jenseits der Rechtsgrenze das Gerichtsgebäude errichtet ist. Und wie, wenn die Grenze das Gerichtsgebäude selbst durchschneiden sollte? Es giebt bekanntlich in Deutschland noch jetzt Fälle genug, in denen die Rechtsgrenze mitten durch Ortschaften und Häuser geht[2]. Auch diese Auskunft ist also unmöglich. Und so bleibt nichts anderes übrig, als zu sagen: wenn mehrere sich widersprechende Anwendungsnormen für diesen einen Richter gelten wollen, so heben sie sich gegenseitig auf: es gilt dann keine für ihn, und er hat so zu entscheiden, wie er bei Mangel jeder Kollisionsnorm zu entscheiden haben würde.

Anders aber ist es, wenn es sich um die Beurteilung einer Streitsache in höherer Instanz handelt. Zwar dafs im Fall der Revision das Reichsgericht nicht die Kollisionsnormen des in Leipzig geltenden sächsischen Gesetzbuchs als solche, und dafs analog das oberste Landesgericht für Bayern nicht die in München geltenden Kollisionsnormen[3] als solche anwenden darf, dafs es vielmehr diejenigen Kollisionsnormen anwenden mufs, welche das Berufungsgericht angewendet hat oder doch hätte anwenden sollen, das ergiebt sich aus dem Wesen der Revision: das Revisionsgericht hat ja nur nachzuprüfen, ob die Entscheidung des Berufungsgerichts rechtlich

[2] Vgl. Jean Paul, Flegeljahre Nr. 5.
[3] Niemeyer, Pos. int. Privatrecht I § 146.

richtig gewesen ist. Das ist wohl zweifellos[4]. Dasselbe mufs aber auch im Fall der Berufung gelten; das Berufungsgericht, mag es nun ein Landgericht oder Oberlandesgericht oder das Reichsgericht[5] sein, mufs ohne Rücksicht auf die am eignen Gerichtsort geltenden Kollisionsnormen diejenigen Kollisionsnormen befolgen, welche am Ort des erstinstanzlichen Gerichts gelten: wollte man anders entscheiden, so würde sich das absurde Resultat ergeben, dafs bei Differenz der Kollisionsnormen das Urteil der ersten Instanz in jedem Falle materieller Rechtsverschiedenheit notwendig vernichtet werden müfste.

4. Überall wo interlokale Rechtsverschiedenheiten existieren, erhebt sich für die internationalrechtliche und interlokalrechtliche Regelung eine Schwierigkeit, auf die vorher schon hingedeutet wurde: sie betrifft die Bestimmung des Personalstatuts. Principiell ist für die Bestimmung des Personalstatuts die Staatsangehörigkeit entscheidend: wie steht es nun, wenn innerhalb desselben Staats oder Staatsverbandes mehrere Rechtsgebiete bestehen? Die Frage bedarf natürlich der Entscheidung, sowohl wenn die Centralgewalt Anwendungsnormen geschaffen oder die partikulare Rechtsquelle sich selbst ihren Herrschaftsbereich festgesetzt hat, wie auch wenn alle Anwendungsnormen fehlen und es sich um analoge Übertragung der allgemeinen Internationalrechtsgrundsätze handelt. Diese Fälle sind einzeln zu betrachten.

Zunächst kann die centrale Staatsgewalt von sich aus selbständig bestimmen, welches der mehreren innerhalb des Gesamtstaats geltenden Rechte Personalstatut seiner Angehörigen sein soll. Vorausgesetzt ist dabei allerdings, dafs der Gesamtstaat überhaupt Gesetzgebungsgewalt gegenüber den einzelnen Rechtsgebieten besitzt, und zwar Gesetzgebungsgewalt gerade für diese privatrechtlichen Gegenstände, für welche die Bestimmung des Personalstatuts von Einflufs ist. Denn die Anordnung über das Personalstatut ist, wie jede Anordnung der Centralgewalt über die Anwendbarkeit der mehreren Partikularrechte im Verhältnis zu einander, letztlich selbst nichts anderes als eine materiell-privatrechtliche Bestimmung in abgekürzter Form. Nur soweit der Gesamtstaat also Gesetzgebungs-

[4] Vgl. z. B. statt alles anderen RGEntsch. 28 S. 156. — S. auch v. Bar I S. 127.

[5] Dieses etwa nach dem Gesetz über die Konsulargerichtsbarkeit vom 10. Juli 1879 § 18: das Reichsgericht hat in derartigen Streitsachen also die Kollisionsnormen nicht des sächsischen sondern des preufsischen Rechts (§ 3 des genannten Gesetzes) zu Grunde legen.

macht für das materielle Privatrecht hat, kann er auch in der Form der Bestimmung des Personalstatuts die anzuwendenden Rechtssätze bestimmen. In welcher Weise inhaltlich er dann das Personalstatut auswählen will, darin ist er frei, es ist das eben eine rein interne Frage seiner Gesetzgebungspolitik.

Weil nun die Bestimmung der Centralgewalt über das Personalstatut in Wahrheit den Charakter einer materiellrechtlichen Bestimmung hat, so ist sie auch für den Richter selbst jedes fremden Staats, wenn er überhaupt das inländische Recht als anwendbar erachtet und nur noch die Auswahl zwischen den einzelnen Partikularrechten zu treffen hat, mafsgebend. Der Richter hat also zunächst zu ermitteln, ob nach international-privatrechtlichen Grundsätzen das Recht dieses Staats als ein Ganzes genommen überhaupt anwendbar ist; bejaht er das, so hat er weiterhin mit Notwendigkeit die Bestimmungen, welche dieses Recht über das Personalstatut innerhalb seiner einzelnen Rechtsgebiete giebt, wie jede sonstige materiell-privatrechtliche Bestimmung dieses Rechts als entscheidend anzuerkennen[6].

Erst wenn es an solchen Bestimmungen der centralen Rechtsquelle, die in Wahrheit materielles Privatrecht sind, fehlt, sei es weil die Centralgewalt keine geben konnte oder keine geben wollte, stehen wir vor der reinen interlokal-privatrechtlichen Frage. Dann hat jeder Richter, mag er Richter in einem ausländischen Staat oder in einem der inländischen Rechtsgebiete sein, zunächst zu erforschen, ob seine eigne Rechtsordnung eine Bestimmung über das Personalstatut enthält, insbesondere mufs der Richter eines inländischen Rechtsgebiets dem Willen der Rechtsordnung seines Rechtsgebiets, die sich für diesen oder jenen bestimmten Kreis von Personen mafsgebende Kraft beilegt, folgen; es wäre z. B. denkbar, dafs dies Partikularrecht alle Personen, die an einem Ort dieses Gebiets ein 'Bürgerrecht' oder ein 'Wohnrecht' irgend einer Art haben, beherrschen zu wollen erklärt.

Fehlen solche Kollisionsnormen (und ebenso steht es, wenn eine Kollisionsnorm zwar existiert, aber nur besagt, das Personalstatut werde durch die Staatsangehörigkeit bestimmt), so ist für den Fall, dafs es sich nur um Rechtsverschiedenheiten zwischen den Gliedstaaten eines Bundesstaats handelt, keine besondere interlokalrechtliche Schwierigkeit vorhanden: es gelten dann eben die allgemeinen internationalrechtlichen Sätze. Anders hingegen, wenn

[6] Vgl. hierzu RGEntsch. 25 S. 345 Abs. 2 bis 346.

es sich um Rechtsverschiedenheiten der einzelnen Gebietsteile innerhalb eines einzelnen Staats handelt. Auch hier ist dann zunächst die Staatsangehörigkeit zu dem Staat als solchem zu erfordern, damit überhaupt irgend eines der Partikularrechte dieses Staats Anwendung finde; welchem der mehreren Rechtsgebiete aber der Staatsangehörige angehört, weiſs man damit noch nicht: meines Erachtens muſs dann — immer mangels besonderer Kollisionsnorm — das Wohnsitzhaben in einem dieser Rechtsgebiete entscheidend sein, denn der Wohnsitz bildet dasjenige dauernde Band, welches abgesehen von der Staatsangehörigkeit allgemein als das bedeutungsvollste für die rechtliche Verknüpfung von Person und Gebiet angesehen wird[7]. Das ist auch in den deutschen Staaten anerkannt. Hat der Staatsangehörige aber überhaupt keinen Wohnsitz oder liegt sein Wohnsitz nicht innerhalb des Staatsgebiets, so ist für die Fragen des internationalen und interlokalen Privatrechts die Staatsangehörigkeit eben gegenstandslos, und die Person ist so zu behandeln, als hätte sie überhaupt keine Staatsangehörigkeit. Es würde dann also, früheren Erörterungen zufolge, das am ausländischen Wohnsitzort geltende Recht, und wo ein Wohnsitz überhaupt fehlt, das Recht des Aufenthaltsorts maſsgebend sein müssen; das Recht des letzten Wohnsitzes im Inland für maſsgebend zu erklären, was hie und da geschieht, erscheint mir auch hier willkürlich. Gerade an dieser Stelle zeigt sich besonders stark, wie notwendig es ist, daſs die centrale Rechtsquelle regelnd eingreift und diejenigen ihrer Staatsangehörigen, die keinen Wohnsitz im Inland haben, einem bestimmten Rechtsgebiet zuweist. Solche Zuweisungen kommen auch wirklich vor. So haben nach allgemeiner Ansicht im Ausland lebende Personen, die das Recht der Exterritorialität genieſsen, dort keinen Wohnsitz[8]; andrerseits werden sie vielfach ihren Wohnsitz im Inland aufgegeben haben. Wenn nun ihr Heimatstaat in mehrere Rechtsgebiete zerfällt: welches dieser Partikularrechte wird dann als ihr Personalstatut anzusehen sein? Soweit Deutsche in Frage kommen, hat § 16 der CPO. bestimmt, daſs behufs Bestimmung des Gerichtsstandes der letzte Wohnsitz, den sie in ihrem Heimatstaat hatten, als fortdauernd und in Ermangelung eines solchen die Hauptstadt ihres Heimatstaats als Wohnsitzort zu gelten habe. Man wird von diesem Rechtssatz wohl

[7] Richtig Sicherer, Personenstand S. 139 vor Note 26.
[8] S. v. Bar II S. 632, 648, I S. 157.

auch bei Bestimmung des Personalstatuts analoge Anwendung machen dürfen.

II. Wenn innerhalb eines und desselben Staats für verschiedene Personenklassen verschiedenes Recht gilt, mag es nun aus der centralen Rechtsquelle stammen oder einer Autonomie der einen Personenklasse entflossen sein, so können ebenfalls Anwendungsfragen auftreten, die eine gewisse Verwandtschaft mit den Fragen des interlokalen Privatrechts haben oder doch zu haben scheinen. Da freilich eine Verteilung dieser Personenklassen als solcher auf abgesonderte Gebiete natürlich nicht vorhanden ist, kann von einem Analogon nur zu der Frage die Rede sein, wie weit bei Rechtsbeziehungen zwischen Angehörigen verschiedener Rechtsgebiete das Partikularrecht, welches Personalstatut der einen Person, und wie weit das, welches Personalstatut der anderen Person ist, Anwendung zu finden hat.

Entstammt das Klassenrecht der die beiden Personenklassen gemeinsam beherrschenden Rechtsquelle, so liegt eine Verwandtschaft zu dem Problem des interlokalen Privatrechts in Wahrheit nicht vor. Die Bestimmung, welches der Anwendungsbereich dieses Klassenrechtssatzes sei, also in welchen Fällen, unter welchen Voraussetzungen er angewendet werden müsse, ist in Wahrheit nicht ein besondrer, von ihm selbst zu trennender neuer Rechtssatz, sondern bildet einen Teil seines materiellen Inhalts. Diese Bestimmung kann besonders ausgedrückt, ja sogar grammatisch in einem besonderen Satz gegeben sein — man vergleiche Art. 277 des deutschen Handelsgesetzbuchs: „Bei jedem Rechtsgeschäft, welches auf der Seite eines der Kontrahenten ein Handelsgeschäft ist, sind die Bestimmungen dieses vierten Buchs in Beziehung auf beide Kontrahenten gleichmäfsig anzuwenden, sofern nicht aus diesen Bestimmungen selbst sich ergiebt, dafs ihre besonderen Festsetzungen sich nur auf denjenigen von beiden Kontrahenten beziehen, auf dessen Seite das Geschäft ein Handelsgeschäft ist“ —; solcher besondere Ausdruck kann aber auch fehlen: der Inhalt des Klassenrechtssatzes mufs dann in dieser Richtung durch eine das gesamte materielle Privatrecht als Einheit behandelnde Auslegungsthätigkeit festgestellt werden. Eine Kollision ist hier überhaupt ausgeschlossen, da die einheitliche Privatrechtsordnung eines und desselben Staats nicht mit sich selbst in Widerspruch stehen kann.

Eher ist eine Verwandtschaft anzuerkennen, wenn das Klassenrecht aus einer von der centralen Gesetzgebungsgewalt nicht beherrschten Autonomie erflossen ist, wie z. B. das Privatrecht der

Familien des hohen Adels. Tritt ein Angehöriger einer solchen Personenklasse mit einer unter dem allgemeinen Recht stehenden Person oder mit dem Angehörigen einer anderen privilegierten Personenklasse in Beziehung, so fordert zwar die Frage notwendige Beantwortung, ob jenes Klassenrecht oder das allgemeine Recht, und ob dieses oder jenes Klassenrecht auzuwenden sei; insoweit besteht allerdings eine Analogie der Frage zu der des interlokalen und internationalen Privatrechts. Indes es wäre verfehlt, auch die Antwort ohne Weiteres in voller Analogie mit der international- und interlokal-privatrechtlichen Entscheidung geben zu wollen. Auf dies eigenartige Problem soll hier nur hingewiesen, nicht soll es zu lösen versucht werden: ein solcher Versuch würde allzu weit abführende Einzelerörterungen notwendig machen.

Endlich ist noch daran zu erinnern, dafs auch die Kirchenrechte verschiedener Konfessionen, soweit sie privatrechtliche Bedeutung haben, in Konkurrenz mit einander treten können. Es handelt sich hier insbesondere um die Anwendbarkeit des konfessionellen, also evangelischen, katholischen, mosaischen[9] Eherechts, soweit es überhaupt noch irgendwo bürgerlichrechtliche Wichtigkeit besitzt, im wesentlichen mithin bei der Frage der Eheschliefsung (Form und Hindernisse) und der Ehescheidung. Weil in diesen Fragen auf verschiedenen Rechtsgebieten bürgerliche Rechtsvorschriften, solche also gelten, die für alle Konfessionen gemeinsam sind und auch das konfessionell getrennte Recht partikularrechtlich verschieden ausgestaltet ist, empfiehlt es sich, zunächst erst die international- oder interlokalrechtliche Frage zu lösen, also zuzusehen, welches der Staat oder Staatsteil ist, dessen Recht überhaupt in dem zur Beurteilung stehenden Rechtsfall anzuwenden ist. Ist dies ermittelt und findet sich dann, dafs dieses hiernach in Betracht kommende Recht für die einzelnen Konfessionen ein verschiedenes ist, so ist die Frage des 'interkonfessionalen Privatrechts' rein zu stellen: welches dieser konfessionell verschiedenen Gesetze findet Anwendung? Die Frage ist völlig analog der international-privatrechtlichen Frage über den Anwendungsbereich des Personalstatuts, und auch die Lösung mufs analog sein: es steht gerade so, als wenn diese Personen, die je nach ihrer Konfession unter verschiedenem Recht stehen, verschiedenen Staaten mit verschiedenem Recht angehörten. Sofern das urteilende Gericht selbst ein konfessionelles ist, wird es freilich geneigt sein, immer das Recht seiner eignen Konfession

[9] Über die Geltung des mosaischen Eherechts s. RGEntsch. 36 S. 423ff.

anzuwenden[10], weil es das Recht der anderen Konfession für verwerflich hält; sofern aber, wie in Deutschland immer, ein bürgerliches Gericht Recht spricht, wird es die Analogie des Grundsatzes, der im internationalen Privatrecht für den Anwendungsbereich des Personalstatuts ermittelt wurde und der später, besonders im Eherecht näher entwickelt werden wird, voll walten lassen: für die Begründung oder Aufhebung eines Rechts an einer Person — und darum handelt es sich bei allen jenen interkonfessionalen Fragen, die ja sämtlich eherechtlicher Art sind — ist das Gesetz wie desjenigen Staats so auch desjenigen Bekenntnisses mafsgebend, dem diese Person angehört.

[10] S. Sicherer a. a. O. S. 460 fg.; jedoch auch Richter-Kahl, Kirchenrecht S. 1210 N. 33.

Pierer'sche Hofbuchdruckerei Stephan Geibel & Co. in Altenburg.

Verlag von Duncker & Humblot in Leipzig.

Irrtum und Rechtsgeschäft.

Eine psychologisch-juristische Untersuchung
von
Ernst Zitelmann.
1879. Preis 13 M.

Zeitschrift
für
internationales Privat- und Strafrecht

mit besonderer Berücksichtigung der Rechtshülfe.
Begründet von **Ferdinand Böhm,**
herausgegeben von demselben in Verbindung mit **Th. Niemeyer.**
Siebenter Band. 1897. Sechs Hefte. Preis 12 M.

Vorschläge und Materialien
zur
Kodifikation des internationalen Privatrechts.

Von **Theodor Niemeyer.**
1895. Preis 10 M.

Zur
Methodik des internationalen Privatrechts.

Vortrag, gehalten in der Juristischen Gesellschaft zu Berlin von
Theodor Niemeyer.
1894. Preis 80 Pf.

Positives internationales Privatrecht.

Nebst Übersicht über die Rechtsquellen.
Erster Teil: **Das in Deutschland geltende internationale Privatrecht.**
Von **Theodor Niemeyer.**
1894. Preis gebunden 3 Mark 20 Pf.

Geschichte und System
des
internationalen Privatrechts im Grundriss.

Von **F. Meili.**
1892. Preis 4 Mark 80 Pf.

Deutsches Privatrecht.

Von **Otto Gierke.**
I. Band. 1895. Preis 20 Mark, gebunden 22 Mark 50 Pf.

Pierer'sche Hofbuchdruckerei Stephan Geibel & Co. in Altenburg.

ZfB
2008

Rob. Kettere
Buchbindere

Bayerische StaatsBibliothek
Münchener DigitalisierungsZentrum Digitale Bibliothek

Zitelmann, Ernst,

Internationales Privatrecht

Bd.: 1

(1897)

J.rel. 4 sm-1
urn:nbn:de:bvb:12-bsb11813118-5